La charia

Baudouin Dupret

LA CHARIA

Des sources à la pratique, un concept pluriel

Baudouin Dupret

INTRODUCTION

« La charia aujourd'hui au Maroc, c'est le combat contre l'immoralité, la corruption, c'est trouver du travail aux gens, éduquer les citoyens. La charia en tant que *hudud*[1] n'existe plus dans la nation depuis longtemps ». Cette citation de celui qui, après la victoire du Parti Justice et Développement, dont il est le Secrétaire général, aux élections législatives de novembre 2011, est le premier islamiste à avoir accédé à la primature marocaine est intéressante à plus d'un titre. Elle nous montre d'abord à quel point la charia s'impose comme thématique récurrente du débat. Elle nous révèle ensuite que cette thématique renvoie à l'interprétation d'un dogme plus qu'elle ne procède d'une vérité d'évidence et intangible. En outre, elle souligne la dimension éthique, davantage que juridique, de la référence, de même qu'elle en souligne la nature intrinsèquement politique. Elle indique aussi l'ancrage historique, et donc contingent, de cette référence, ainsi que sa plasticité et son évolutivité. Enfin, elle permet de voir que la charia se caractérise plus facilement par ce qu'elle n'est pas ou n'est plus que par ce qu'elle est positivement.

L'ambition de cet essai, c'est de mettre un peu d'ordre dans cet embrouillamini de mots, d'acceptions, de positionnements, d'idées préconçues, de considérations savantes. Mais en même temps, mettre de l'ordre, ce n'est pas dispenser le juste et le vrai, distinguer la vérité de l'erreur. Il s'agit bien davantage de dresser une sorte de carte permettant de naviguer en évitant autant que possible les embûches et les chemins qui ne mènent nulle part, mais aussi les voies rapides qui empêchent de prendre la mesure de la topographie du terrain, du détail qui le constitue, de la richesse de son terroir.

Un objet polémique et des usages contrastés

« L'imaginaire occidental s'est construit une hostilité dramatique à l'encontre de l'Islam »[2]. Cela relève probablement de ces cycles de découverte de l'Orient qui s'étendent des Croisades à nos jours, en passant par la colonisation. L'Occident dénonce, pêle-mêle, le terrorisme, le caporalisme, la tyrannie, l'intégrisme, l'autoritarisme, l'hégémonie religieuse, l'intolérance. Et il ne parle d'islam qu'à l'occasion d'évènements conflictuels, comme si cet objet n'avait pour fonction que celle du repoussoir et du faire-valoir, comme s'il était nécessairement le marqueur de toute chose venant de ces latitudes, comme s'il ne menait pas avant tout une vie paisible et ordinaire, loin des fureurs guerrières. Parce que l'on se refuse à toute appréhension sérieuse de ce dont la référence à l'islam est l'expression et, plus encore, parce que l'on en a des usages qui l'instrumentalisent à des fins politiques bien peu soucieuses des gens et des populations concernés, cette religion et la norme qui s'y attache deviennent un nid à fantasmes anxiogènes. Nous ne pouvons nous arrêter à des images de peuples bloqués dans l'identité religieuse, entre une grandeur à jamais disparue et un fanatisme irréductible. Le monde musulman ne peut être fixé dans un Moyen Age éternel, alors même que cette idée d'âge sombre sur lequel il faut jeter un pont pour relier deux âges d'or sert à l'Europe pour « fonder l'histoire narcissique de sa modernité »[3].

Dans ces jeux de stigmatisation, les mots jouent un rôle prépondérant. Des mots qui offrent souvent une apparence objective, qui semblent correspondre à une réalité, alors qu'en fait, ils insinuent plus qu'ils ne décrivent. Au pied de leur lettre, ces mots sont bien peu compréhensibles de tout un chacun. Il faut en effet une certaine érudition pour savoir ce que

---

[1] Les peines fixées par le Coran. Voir chapitre 5.
[2]Bruno Etienne, *L'islamisme radical*, Hachette, 1988, p. 7.
[3]Georges Corm, *L'Europe et l'Orient. De la balkanisation à la libanisation. Histoire d'une modernité inaccomplie*, La Découverte, 1989, p. 372.

fiqh, *qadi*, *halal*, *imam* ou *jihad* peuvent signifier. Mais en même temps, ces mots suscitent un écho, ils connotent bien plus qu'ils ne dénotent, ils mobilisent un halo de références, d'idées vagues et de préjugés dans lequel ils ont un sens, fut-il éloigné de leur acception technique ou savante. C'est tout particulièrement vrai de ce qui touche à l'islam et à la charia, à propos desquels les sociétés occidentales ne sont jamais loin de ce que Maxime Rodinson appelle le « complexe de Lépante » : « le monde de l'islam n'est pas toujours sur le devant de la scène, mais il est présent à l'arrière-plan comme l'adversaire idéologique global de la société chrétienne, celui auquel se heurte l'ensemble de celle-ci »[4]. Il faut être, de ce point de vue, particulièrement suspicieux à l'égard des mots importés de la langue arabe, dans la mesure où le défaut de traduction correspond largement à un souhait de connoter et, par là-même, de disqualifier. Ce n'est pas innocemment qu'un terme est utilisé de préférence à un autre, qu'Allah est préféré à Dieu ou *jihad* à guerre sainte. Ce que l'on pourrait penser être des synonymes constituent souvent des « réserves de sens » qui signent un discours et ses objectifs inavoués. Déjà des mots choisis par un locuteur arabophone véhiculent-ils une valeur, elle-même produit de leur contexte d'usage. Mais le fait qu'ils soient repris par un locuteur étranger en redouble la connotation, et de manière très largement péjorative, avec pour effet fréquent de renforcer les dichotomies, entre un concitoyen et un étranger, un modèle et son contraire, un Occident et son Orient.

L'invocation de l'islam et de la charia se fait avant tout dans des pays et des sociétés à majorité musulmane. Il serait faux de croire, à cet égard, que leur perception y est unanime, homogène, monolithique. Là comme ailleurs, il s'agit de mots et de concepts dont le sens et la portée fluctuent dans le temps et l'espace. On ne saurait prétendre qu'il existe une lecture unique du Coran ou de la Tradition prophétique, dont est issue la norme de l'islam, la charia. Force est de reconnaître, même au plus dogmatique des croyants et des savants, que la parole révélée a donné l'occasion de lectures et d'interprétations variées. Chacune d'entre elles prétend naturellement à la vérité, souvent à l'exclusion des autres, mais cela n'empêche pas de constater la pluralité de la religiosité musulmane, sinon son pluralisme.

Si la question de la charia se pose avec tant de vigueur, aujourd'hui, c'est parce que nous vivons une époque où le vocabulaire de l'islam constitue une ressource majeure dans les reconfigurations sociales, politiques et éthiques des mondes musulmans. Ce registre discursif, ce répertoire islamique, il faut en comprendre les usages dans le contexte de la colonisation, des indépendances, de la formation d'Etats nouveaux, des migrations, de la globalisation, et aussi de la modernité et de la postmodernité. Ce recours à l'islam peut prendre des formes piétistes, avec l'observance accrue des rituels et obligations religieuses, et quiétistes, quand on revendique l'indifférence politique. Mais c'est surtout à des fins politiques que nombre d'Etats, de mouvements et d'individus ont invoqué l'islam et sa Loi, la charia. C'est ce qu'on a généralement appelé l'islamisme. Le terme est ambigu, dès lors qu'il signifiait, il n'y a pas si longtemps de cela, l'appartenance à la confession musulmane. Il en est venu à désigner la double affirmation, positivement, de la nécessité d'en revenir aux préceptes islamiques, qui contiendraient la solution à tous les maux de notre temps, et, négativement, du rejet de la domination occidentale, quelle qu'en soit la couleur idéologique. Il s'agit donc d'un projet politique qui se sert de l'héritage occidental comme d'un repoussoir, tout en autorisant la réappropriation de nombre de ses référents.

Il n'y a toutefois pas un Orient islamiste, mais bien une multitude de tendances qui, chacune à sa manière, tentent d'apporter des réponses « islamiques » aux difficultés rencontrées quotidiennement par les musulmans, en tant que musulmans. La tendance s'est accentuée au

---

[4] Maxime Rodinson, *La fascination de l'Islam*, Paris, La Découverte, 1990.

tournant de l'année 2011, avec l'ébranlement de plusieurs régimes autoritaires et les victoires électorales de formations islamistes qui s'en sont suivies. Ces succès n'ont rien de très étonnant si l'on veut bien se souvenir que l'essentiel de la contestation politique avait quitté, dans ces pays, depuis les années 1970 à tout le moins, les rivages de la gauche, discréditée par ses échecs locaux et internationaux, pour faire voile vers la rhétorique de l'authenticité. Celle-ci, plus audible culturellement, avait d'autant mieux fonctionné qu'elle était radicalement exclue de la gestion des affaires et pouvait capitaliser sur les dérives sécuritaires et autoritaires des régimes en place. Il serait toutefois faux de croire que l'islamisme était l'apanage des oppositions, tant la rhétorique de l'islam avait fini par s'imposer dans les espaces public et privé. Autrement dit, ce ne sont pas des différences fondamentales d'idéologie qui marquaient la ligne de partage entre les camps que des questions d'exercice et de contestation du pouvoir.

Le contexte contemporain est celui de l'usage simultané de multiples référentiels, au titre desquels ceux de l'islam, de la démocratie, du droit. Nombre de concepts politiques trouvant leur origine en-dehors du contexte musulman y ont néanmoins cours. On peut affirmer qu'ils ont été progressivement naturalisés, c'est-à-dire qu'ils ont fini par faire partie du vocabulaire de l'immense majorité des protagonistes de la scène politique de ce monde. Il existe parfois des remises en cause de ce vocabulaire, mais elles restent marginales et, surtout, elles prennent généralement plus la forme d'un habillage rhétorique que d'une recherche conceptuelle originale, de même qu'elles reflètent plutôt un désir de rétablir une continuité historique que d'introduire une rupture entre présent et passé. Cela vaut dans le domaine des normes, entre autres juridiques. On n'y voit pas de frontière marquée entre les tenants de la charia à ceux de l'Etat de droit. S'il n'existe pas ou peu de formations revendiquant l'exclusion de la référence à l'islam et à la normativité islamique au nom du principe de séparation de l'Etat et de la religion, il y a en revanche une grande diversité entre ceux qui affirment l'illégitimité du système juridique et constitutionnel en vigueur et ceux qui s'en accommodent sans problème majeur, entre ceux qui acceptent le droit des minorités religieuses à accéder aux fonctions publiques et ceux qui l'excluent, entre ceux qui prônent la hiérarchie des religions et ceux qui en admettent l'égalité.

La charia sans trop de raccourcis

La charia est d'abord un mot, un mot d'arabe. Il n'est pas doté d'un sens propre, clair, manifeste, universel. De ce fait, seuls les usages qui en sont fait à travers le temps et l'espace nous disent ce qu'il est. Autrement dit, il n'est pas de signification intrinsèque qui soit accessible à l'entendement, humain à tout le moins. Pour savoir ce qu'est la charia, il convient impérativement de parler en contexte : s'agit-il de la perspective de l'école chaféite naissante, au 9e siècle, à Bagdad, du soufisme de Jalal al-Din Roumi, à Konya, au 13e siècle, de l'empire ottoman des Tanzimat, au 19e siècle, ou encore des Frères musulmans égyptiens, au 20e siècle ? Parle-t-on de production doctrinale, de pratique judiciaire, de revendication politique ? Le terme « charia » n'a de sens que dans ses usages. Ce que l'on dit et entend dire de la charia aujourd'hui ne peut donc être compris qu'au présent, et non dans une apesanteur interstellaire. Dès lors que l'on s'intéresse à la charia en tant que vocable, il faut en parler comme d'un jeu de langage. Quand on l'y réinsère, on remarque alors que le terme peut parfois prendre un sens juridique – comme quand il est question de « droit musulman » –, parfois un sens politique – comme quand on revendique dans une campagne électorale « l'application de la charia ». La mise en perspective des jeux de langage permet aussi de voir à quel point le terme peut servir de point de ralliement identitaire, positivement ou négativement. Dans un cas, il sert à valoriser un patrimoine normatif spécifique ; dans l'autre, il fait office d'épouvantail.

Classiquement, on considère que le Coran et la Tradition du Prophète sont les deux piliers de la Loi islamique. Il convient de remarquer que le texte coranique, tel que fixé dans les cinquante ans suivant le décès de Muhammad, et le corpus de la Sunna, tel qu'il s'est accumulé sur plus de deux siècles à partir du début de l'ère musulmane, l'Hégire, ne sont que marginalement concernés par la prescription et la proscription. Le Livre sacré et la Tradition sont avant tout composés d'inspirations mystiques, de morales et d'histoires exemplaires. Ils renvoient au contexte de la Révélation, à savoir l'Arabie des 6ème et 7ème siècles, à la vie du Prophète qui, de prédicateur, s'est transformé en chef d'une communauté naissante. En outre, ces deux sources majeures de la charia, dans le cours de leur constitution aussi bien qu'après avoir été fixées, ont toujours dépendu de la lecture que leurs spécialistes proposaient. On pense tout particulièrement aux grands courants de l'islam que sont le chiisme et le sunnisme ou, au sein de ce dernier, aux quatre grandes écoles : malikite, hanafite, chafiite, hanbalite.

La référence à la charia n'est pas fréquente dans le Coran. A vrai dire, les savants ne parlaient pas de charia et ne prétendaient pas la connaître, parce que cette prétention fût revenue à s'équivaloir à Dieu, à commettre donc le péché capital d'associationnisme (*chirk*). La littérature sur la Loi islamique s'est fixée, à partir du 9e siècle, dans un genre particulier qu'on appelle le *fiqh*. La meilleure traduction que l'on puisse donner à ce terme est celle de « doctrine ». Des traités furent produits, dans chacune des grandes écoles du sunnisme comme dans la famille chiite, puis des commentaires et abrégés de ces traités. En parallèle, la technique particulière de la consultation (*fatwa*) connut un essor considérable et fit souvent l'objet de recueils et compilations. On ne saurait trop insister, par ailleurs, sur l'effet qu'exerça l'émergence d'empires, et principalement l'empire ottoman, sur la Loi islamique, quand une des écoles accéda au statut de doctrine officielle de l'Etat. Enfin, sous l'effet de la colonisation ou sous la pression des puissances européennes, de nombreux pays s'engagèrent dans une politique de réformes qui aboutit le plus souvent à transformer la Loi islamique en droit musulman.

La connaissance de la Loi islamique, c'est-à-dire sa doctrine (*fiqh*), est une des principales disciplines de l'islam savant. Une science des fondements de la connaissance de cette Loi (*'ilm usul al-fiqh*) fut développée afin d'en articuler les sources et d'en rationaliser la méthodologie. Selon des modalités variables d'une école à l'autre, cette science reconnaît quatre fondements : le Livre sacré (*Qur'an*), la Tradition prophétique (*Sunna*), le consensus des musulmans ou de leurs savants (*ijma'*), le raisonnement analogique ou déductif (*qiyas*, *istihsan*, *istinbat*, etc.) Le grand savant Muhammad al-Chafi'i est la figure de proue de la science des fondements. Entre autres choses, il permit d'organiser les relations entre les deux sources premières que sont le texte coranique et les traditions prophétiques.

Les traités de *fiqh* portent toujours, en premier lieu, sur les obligations rituelles propres à la dévotion du musulman. Ce sont les cinq piliers de l'islam : profession de foi (*shahada*), la prière rituelle (*salat*), l'aumône (*zakat*), le jeûne (*sawm*), le pèlerinage (*hajj*). A cela s'ajoutent souvent des exigences de pureté rituelle et des interdits d'ordre alimentaire. Dans un deuxième temps, ces traités s'intéressent surtout aux relations familiales. Ce domaine est celui où se concentre la normativité islamique : mariage, divorce, filiation, successions. C'est ici que se nichent nombre de prescriptions et proscriptions faisant débat aujourd'hui, telles que la tutelle de la femme, la dotation de l'épouse par son mari, l'autorité du mari, le droit unilatéral du mari à dissoudre le mariage (répudiation), les devoirs conjugaux asymétriques, les droits successoraux inégaux en fonction du genre. Il faut noter que l'exercice de la justice, dans le contexte des sociétés musulmanes médiévales et modernes, était généralement séparé de l'activité de production doctrinale. Le juge disposait, sur la base de sa connaissance du *fiqh*, d'un grand pouvoir discrétionnaire. Souvent, il appuyait sa décision sur la consultation d'un expert, le mufti.

Ce qu'on appelle le « droit musulman » ne correspond pas à une réalité aussi ancienne que l'islam lui-même. L'idée de transformer la normativité islamique en droit et, particulièrement, en droit codifié est le résultat d'une invention qui plonge ses racines dans l'irruption européenne sur la scène musulmane. Ce sont les savants orientalistes et les administrateurs coloniaux, d'une part, et les gouvernants musulmans et les nouvelles élites modernisantes, de l'autre, qui ont cherché dans le *fiqh* ce qui était susceptible d'être coulé dans le moule d'un droit positif de facture napoléonienne. Le fait est que cette greffe a fait souche et qu'aujourd'hui, la notion de droit musulman fait partie de l'horizon ordinaire et normal de la pensée politique et juridique dans les sociétés à majorité musulmane, mais aussi là où une forte minorité musulmane s'est affirmée.

La Loi islamique s'est donc trouvée pour partie codifiée. Les relations familiales, parce que c'était le lieu où le *fiqh* intervenait le plus, ont été particulièrement visées. C'est ce qu'on appelle le droit du statut personnel. La plupart des pays à majorité musulmane ont un code de la famille spécifique et, généralement, celui-ci s'inspire, dans une mesure très variable, des préceptes de la Loi. Il est un autre domaine où le *fiqh* continue à exercer une influence : les fondations pieuses (*waqf* ou *habus*). On retrouve une inspiration religieuse dans d'autres domaines, comme la finance. Le plus souvent, il s'agit de développements contemporains sur des sujets qui n'ont été que faiblement labourés par le *fiqh*, mais qui trouvent dans le Texte sacré une disposition justifiant de les réglementer comme, par exemple, l'interdiction coranique de l'usure (*riba*). Un phénomène relativement récent est observable au niveau des constitutions des Etats à majorité musulmane, enfin. C'est celui d'un référencement à la charia en tant que source de la législation. Il ne s'agit plus ici de codifier la Loi islamique, mais de renvoyer les législateurs contemporains à cette Loi pour qu'elle inspire leurs travaux.

Aujourd'hui, la charia est également devenue un slogan politique. Il ne s'agit pas tant de la voir convertie en droit musulman que de s'en revendiquer contre des régimes dont la légitimité, entre autre religieuse, est contestée. Le plus souvent, les formations politiques qui demandent l'application de la charia n'ont pas de programme détaillant le contenu de celle-ci et, partant, ce qu'il y aurait lieu d'abroger et de remplacer dans les systèmes juridiques en place. Appliquer la charia, c'est une revendication d'éthique politique, avant tout, la mise en avant d'un référentiel plutôt que l'exécution d'un programme précis.

La présence musulmane dans des pays qui ne le sont pas majoritairement a fait émerger de nombreuses questions. Certaines sont d'ordre juridique et portent sur la reconnaissance de droits inspirés par la Loi islamique dans des Etats largement séculiers. D'autres touchent à l'exercice de la religion et à la possibilité de vivre sa foi dans des sociétés où prédomine la référence aux droits humains et le principe de neutralité religieuse de l'Etat. Pour l'essentiel, la question de la normativité islamique n'est pas d'ordre juridique, mais de nature éthique et déontologique, c'est-à-dire morale. Il s'agit de savoir comment vivre en conformité avec ses convictions dans des situations où l'on ne partage pas nécessairement ces dernières avec la majorité de la population.

*

La charia, c'est bien la Loi islamique. Comme toutes les religions révélées, l'islam comporte une dimension normative, c'est-à-dire une série de prescrits et d'interdits, une Loi avec un L majuscule, parce qu'elle est d'essence divine. Cette affirmation ne nous mène cependant pas bien loin. Il reste en effet à savoir quelles sont les sources desquelles dérivent la Loi, quelle est leur hiérarchie, quelles en sont les interprétations, comment les savants et les croyants s'en sont emparés et, surtout, quelle forme cela peut prendre aujourd'hui. Deux perspectives s'offrent à

l'observateur qui n'est pas engagé dans une démarche dogmatique : rendre compte des différentes acceptions du terme à travers l'histoire ; en parler pour ce qu'il signifie au présent. Ce livre fait le pari de ce double exercice.

CHAPITRE 1

UN CONCEPT ET SES CONTEXTES

Le mot « charia » (*chari'a*) est doté, pour le croyant, d'une signification intrinsèque qu'il ne saurait être question de récuser ou d'endosser. La seule posture tenable consiste à observer ce qui en est dit, à en rendre compte, à indiquer en quelles circonstances et comment il en est fait usage. Nous ne pouvons, à cet égard, que constater la multiplicité des acceptions du terme, à travers le temps et l'espace, mais aussi d'une personne à l'autre et, plus encore, d'un contexte à l'autre. Pour l'agnostique méthodologique que je suis, c'est-à-dire pour celui qui suspend tout acte de foi dans son travail de description des phénomènes humains, la charia devient alors un concept dont la signification n'est accessible à l'entendement qu'à la condition d'en regarder les manifestations concrètes, tout en mettant entre parenthèses la question de savoir si cette manifestation correspond *véritablement* au sens « vrai » ou « faux », « orthodoxe » ou « hétérodoxe » du mot. La perspective peut être dite relativiste, en ce sens que la question de la vérité ou de l'orthodoxie ne s'apprécie qu'en relation à des instances auxquelles est conférée l'« autorité de dire le vrai ».

Le fait est que, des anciennes écoles doctrinales d'Irak, au 8e siècle, aux œuvres tardives d'Ibn 'Abidin, au 19e siècle, du califat abbasside du 9e siècle à la doctrine du parti tunisien Ennahda, en ce début de 21e siècle, le terme charia indique bien des choses différentes : production doctrinale, pratique judiciaire, revendication politique, voie mystique, toutes choses que l'on ne peut saisir qu'à la condition impérative de les resituer en contexte et en action, à savoir de la manière dont les gens concernés s'y sont référés.

Deux exemples vont nous permettre de prendre la mesure de cette variété d'acceptions. Le premier est tiré d'une anecdote personnelle. En 1992, au Caire, après m'être fait voler différents effets chez moi, je portai plainte à la police. Après enquête, on mit la main sur le voleur et son complice. Je fus alors convoqué au commissariat central du Caire. Je m'y rendis et, après confrontation, je déclarai reconnaître le voleur, qui me demanda d'intercéder en sa faveur auprès des autorités policières. De retour dans le bureau du commissaire, je ne retirai pas ma plainte, tout en précisant que je ne souhaitais pas me venger. A cela, le commissaire me rétorqua directement : « si nous étions dans un État islamique et si la charia était appliquée, il devrait avoir la main coupée. Il a de la chance que notre loi civile soit moins stricte que la Loi religieuse »[5].

Autre lieu, autres mœurs, autre exemple : en Angleterre, les déclarations de l'archevêque de Canterburry, qui demandait que soit accordée à la charia une forme de reconnaissance dans le système juridique, ont suscité un tollé. D'aucuns, comme Anjem Choudry, agitaient le spectre de la « bannière de la charia » flottant au-dessus de Downing Street. Il appuyait ses propos sur le chiffre fantasmé de « 500 conversions par jour », le pays étant alors appelé à être majoritairement musulman à l'échéance de 2020. Dans le même ordre d'idées, l'un des organisateurs d'une grande manifestation à Londres, qui avait pour slogan « Une loi pour tous, pas de charia », a-t-il déclaré : « Les religions sont souvent sources d'oppression, mais la charia l'est tout particulièrement »[6].

---

[5] Baudouin Dupret, *Au nom de quel droit. Répertoires juridiques et référence religieuse dans la société égyptienne musulmane contemporaine*, Paris, LGDJ, 2000.

[6] Robert Gleave, « La charia dans l'histoire: ijtihad, épistémologie et "Tradition classique" », in B. Dupret (dir), *La Charia aujourd'hui. Usages de la référence au droit islamique*, Paris, La Découverte, 2012.

Pour la majorité des penseurs de la période classique, la charia était pourtant largement inconnaissable : elle renvoyait à la Loi divine. Prétendre la connaître revenait à prétendre équivaloir à Dieu lui-même. La plupart des savants préféraient parler de leur « opinion » à cet égard. Aujourd'hui, tout le monde prétend savoir ce que le mot signifie et comment il doit être appliqué. Cela ne veut pas dire pour autant que tout le monde soit d'accord sur cette signification et ses modes de mise en œuvre. Bien des choses sont confondues dès lors qu'on aborde le sujet de la charia : des coutumes liées aux pays et sociétés d'origine de populations immigrées ; des règles déduites à partir d'un corpus de textes canoniques ; le droit de pays à majorité musulmane ; la légitimité politique d'un régime ; des règles d'éthique personnelle et collective ; et bien d'autres choses encore.

Un concept et des jeux de langage

Il n'est pas sûr qu'une question en généralité, telle que « Qu'est-ce que la religion » ou « Qu'est-ce que le droit ? », soit susceptible de réponse. Dans notre monde, nous ne faisons pas face à des choses en soi, mais à des usages de mots dont certains – pour ne pas dire beaucoup – ont une portée normative et partagent un air de famille avec d'autres mots issus d'autres langues, cultures, institutions, activités et contextes. Ce que des mots et des concepts peuvent avoir en commun, ce ne sont pas tant des définitions que des usages analogues, ce dont on pourrait faire la description sous le terme de grammaire. La religion et le droit n'appartiennent pas à un monde physique dont les mots correspondraient à des réalités externes ; ils appartiennent au monde conceptuel et, en tant que tels, acquièrent leur sens dans le cadre de leurs usages. Ceci est vrai de l'expression « droit musulman » comme du terme « charia ».

Il existe aussi un danger à parler de « droit » quand on traite de différents types de normes. C'est d'abord celui d'assimiler des choses que les gens considèrent comme totalement différentes. C'est également celui de prendre un concept historique spécifique pour un instrument sociologique. Enfin, c'est celui d'attribuer une fonction de contrôle social à des phénomènes qui ne l'ont pas nécessairement. Je suggère plutôt d'en revenir au ras du sol, au niveau des pratiques, pour voir concrètement comment les gens font, en contexte, référence au droit, au droit musulman, à la charia, au *fiqh* et à bien d'autres termes encore. Toute tentative de définition académique du concept de droit musulman crée en effet une énigme plus qu'elle ne la résout. Elle est soit sur-inclusive, en associant au droit des choses que les gens ne considèrent pas ainsi, soit sous-inclusive, en excluant ce que d'aucuns considéreraient volontiers comme du droit. Elle est aussi insensible à la compréhension contextuelle et située que les gens ont du mot et de ses parents et équivalents. Pourtant, les gens n'utilisent pas indifféremment un même mot pour parler de quelque chose, tout comme ce mot peut renvoyer à des choses très différentes dès lors qu'il est utilisé dans des contextes différents.

Prenons un nouvel exemple. Dans les traités de doctrine islamique – ce qu'on appelle le *fiqh* – les ablutions rituelles précédant l'accomplissement de la prière constituent un chapitre important et absolument récurrent. Comme la tendance est, aujourd'hui, à dire « charia » quand on lit « *fiqh* » et traduire « droit musulman » quand on entend « charia », toutes les dispositions relatives à ces ablutions sont souvent qualifiées de « juridiques ». Il est pourtant difficile d'y voir du droit, au sens du moins où l'on comprend ce terme aujourd'hui. La confusion est donc complète. Mais, plutôt que d'avoir une attitude correctrice, qui mènerait à dire que les gens ont tort quand ils parlent de ces choses de cette manière, je propose plutôt de m'attacher aux « mots pour le dire », à la façon que les gens ont de parler de ces choses, aux nuances qu'ils introduisent dans leur langage, aux moments où ils utilisent tel ou tel concept, et à ce qu'ils font ce faisant.

On peut aussi observer comment le corpus normatif musulman a tendu à être caractérisé en termes de « droit » à un moment historique précis. C'est un truisme de dire que l'expression « droit musulman » est une catégorie du langage, mais il faut néanmoins le répéter en sorte que les conséquences de cette affirmation ne suscitent plus de vaines oppositions. Qui dit terme langagier dit produit d'une histoire et d'un contexte et, pour le droit musulman, résultat d'une entreprise spécifique de compréhension, de contrôle et de recadrage de la normativité qui opérait dans les multiples environnements où l'islam était implanté. Autrement dit, il existait bien sûr, avant le 19e siècle, des formes agissantes de normativité en contexte musulman, mais c'est la science orientaliste qui lui conféra les propriétés d'un droit, au sens où ce terme était compris par cette science. Et parler de « droit musulman » aujourd'hui, c'est parler d'un concept historiquement situé qui s'est en quelque sorte naturalisé, dont on parle comme d'une évidence, un fait allant de soi. Il reste alors à savoir ce qui est mis dans ce concept-valise.

La grammaire – les agencements – de concepts tels que « droit musulman » et « charia » doit être examinée dans ses contextes d'usage. Ceux-ci peuvent héberger différents langages. Le fait que des choses puissent se passer dans des environnements linguistiques différents ne signifie pas qu'elles ne soient pas traduisibles d'un langage à l'autre. Quand une personne utilise le terme « *qanun tijari* » en arabe, je dispose des moyens de comprendre qu'elle me parle de « *commercial law* » en anglais ou de « droit commercial » en français. Les mots n'ont pas de signification essentielle qui ne serait accessible que dans leur langue d'origine ; ils ont un sens occasionné par les circonstances de leur emploi. En fonction de celles-ci, droit musulman et charia peuvent être la référence à l'islam dans un environnement juridique, un slogan dénonçant l'illégitimité d'un régime politique, un concept identifié à la normativité islamique antérieure au dix-neuvième siècle, un symbole de l'arriération des sociétés musulmanes ou un mot du vocabulaire constitutionnel. Ces mots n'ont donc pas de définition substantielle dont ces différentes acceptions seraient les illustrations. Mais l'analyse de leurs modes d'usage, ce que j'appelle leur grammaire, permet de clarifier trois questions épineuses : comment un même mot peut avoir différentes significations ; comment différents mots peuvent partager des traits qui leur confèrent une signification apparentée ; comment l'hétérogénéité des langues n'empêche en rien la ressemblance conceptuelle de certains de leurs vocables.

Ce qui est vrai à travers le temps peut également l'être à travers l'espace. Les airs de famille peuvent être tels qu'en dépit d'un changement de patronyme, l'appartenance restera identique. L'on voit ici que la signification d'un mot de procède pas de son étymologie mais de son usage, et sa traductibilité est une affaire pratique. Si j'utilise aujourd'hui les mots arabes « *dustur* », « *qanun* », « *huquq* », « *mudawwana* » ou « *tachri'* », je serai compris comme disant, selon le contexte, « constitution », « droit », « droits », « code » ou « législation ». Si je dois passer d'une langue à l'autre, j'utiliserai ces mots comme équivalents et ce, de manière non problématique. Parfois, quelque chose peut être perdu au passage (le proverbe italien dit que le traducteur est un traître), mais ce serait faux de partir du postulat que la communication interculturelle est nécessairement trompeuse, d'autant que les mots ont souvent été conçus en sorte de pouvoir se correspondre les uns aux autres.

Quand le savant parle de droit musulman pour rendre compte de la normativité islamique ou pour traduire le terme arabe « charia », il commet une erreur de catégorie qui consiste à décrire un phénomène avec les mots utilisés pour en décrire un autre. Je reviendrai, dans un chapitre ultérieur, sur l'apparition de l'expression « droit musulman », mais il doit être dès à présent clair qu'elle ne correspond pas à l'ensemble de la normativité islamique, en tant que phénomène historique. Il s'agit, bien au contraire, d'une expression apparue dans le sillage de l'imposition de systèmes juridiques fondés sur un modèle bureaucratique formaliste et rationaliste. De ceci, comme de la doctrine jurisprudentielle, comme de la théorie des fondements de cette doctrine,

comme de la pratique des tribunaux de telle ou telle époque, ou encore de la technique de la consultation jurisprudentielle, on peut faire la description, dès lors qu'on garde strictement à l'esprit le caractère situé, historiquement, socialement et géographiquement, de tous ces phénomènes.

Un concept en contexte

Ce que l'on peut dire avec certitude, c'est que la charia est un mot d'arabe qui signifie ou renvoie à la l'Enseignement divin, ce que l'on peut aussi appeler la Loi divine. Il s'agit donc d'un concept normatif, qui a fait, à travers le temps et l'espace, l'objet d'investissements multiples et contrastés. En ce sens, c'est une forme, un registre, aujourd'hui héritier de pratiques antérieures, matrice pour demain de pratiques nouvelles. On ne peut rien savoir de ce que renferme cette coquille en-dehors de l'examen attentif des pratiques qui se développent sous son couvert. La charia est un concept normatif dont la signification n'est accessible que par la description de ses usages en contexte. On pourrait aussi parler, en suivant Paul Veyne, de programme de vérité, c'est-à-dire d'un mot utilisé pour mener une action que l'on prétend fonder sur une norme et traduire en une norme.

Plutôt que de prétendre que la charia *est* quelque chose, je voudrais montrer ce qu'on la *fait être*. L'attitude la plus fréquente est ce qu'on pourrait appeler « essentialiste ». Ainsi en va-t-il de nombreux ouvrages scientifiques qui donnent au terme charia une signification précise dont découlerait supposément le comportement de millions de gens. Oussama Arabi affirme, par exemple, que le droit musulman (*Islamic law* en anglais, l'équivalent généralement trouvé aux termes charia et *fiqh*) continue à déterminer le comportement des gens au quotidien[7]. En matière sexuelle, par exemple, l'auteur semble impliquer que les dispositions observables dans les traités de *fiqh* continuent d'exercer une influence sur le sens commun et sur la conception juridique d'aujourd'hui. Autrement dit, il considère que le comportement d'aujourd'hui s'explique par la règle d'hier. L'auteur considère, en fait, que le sens commun envisage les rapports sexuels qui dépassent le flirt, s'ils ne sont pas validés par un contrat religieux, sous la catégorie de l'interdit, le *haram*. Cela montre, pour lui, que le sens commun musulman, qui exige que les relations sexuelles soient sanctionnées par un contrat de mariage, persiste à inscrire la sexualité dans le cadre du droit religieux. Pourtant, il est bien difficile de faire la preuve d'une telle affirmation. A y regarder de plus près, il pourrait aussi bien s'agir d'une question de confort, d'habitude, de conviction, de conformisme. Rien ne permet de trancher le débat dans le sens d'une incorporation sociale des règles islamiques.

De manière plus accentuée encore, Hocine Benkheira soutient que la religion constitue une entité extérieure aux pratiques et aux déterminations historiques, sociologiques, politiques et culturelles ; autrement dit, qu'elle forme un système indépendant des sociétés et de leurs membres[8]. En écartant les pratiques, l'auteur peut affirmer la place centrale de la religion dans l'ensemble de l'aire islamisée, car la religion y « instille ses catégories et ses représentations dans le cœur des fidèles, … moule leur mode de pensée, leur imprime une disposition d'esprit, tend à uniformiser et à homogénéiser les discours ainsi que les comportements » (p.8). La religion relève d'un régime d'exceptionnalité, de même que la Loi qui procède de la religion, la charia. Celle-ci est un objet « non empirique » (sic !) servant de moule uniformisant aux comportements du musulman. La Loi serait antérieure aux individus qui s'y réfèrent, comme si

---

[7] Oussama Arabi (2001), *Studies in Modern Islamic Law and Jurisprudence*, The Hague/London/New York, Kluwer Law International, 2001.

[8] Mohammed Hocine Benkheira, *Islâm et interdits alimentaires. Juguler l'animalité*, Paris, PUF, 2000.

le système religieux n'était pas intégralement un fait pratique : énonciation de la règle, application, invocation, transgression, utilisation, manipulation, ignorance, etc.

Cette conception des choses, qui veut que les musulmans soient d'une certaine façon génétiquement déterminés dans leur rapport à la charia, n'est pas surprenante quand elle émane d'un discours dogmatique, celui des savants en sciences de l'islam (les oulémas par exemple). Elle est en revanche intenable dans l'univers des sciences humaines et sociales, qui ne devraient jamais accepter le déterminisme historique et religieux, et donc l'idée que l'être humain serait conditionné par la règle de sa Loi religieuse. Aux théories de l'incorporation, qui font des musulmans les instruments de cette Loi, une approche par les pratiques doit opposer que l'autorité et l'influence de la charia s'apprécient en contexte, en regardant de près de quoi et de qui il s'agit, et dans quelles circonstances. Règles et conduites ne peuvent être traitées séparément. La règle ne trouve son intelligibilité que dans l'adhésion pratique qui y est faite, c'est-à-dire dans l'ordre des activités concertées qui sont déjà en place quand une règle est énoncée, violée, ignorée ou suivie. Le sens de la règle n'est donc ni un objet transhistorique que les gens avaleraient et restitueraient de manière mécanique, ni le pur produit d'une convention sociale, mais une pratique. La règle de la charia n'est pas celle que nous dépeignent Arabi et Benkheira, elle n'est pas indépendante de toute pratique, elle n'est pas dotée à l'avance d'un sens clair et elle ne détermine pas le comportement des gens de manière univoque. Les normes religieuses, comme toutes les autres, ont une « texture ouverte »[9], sont un accomplissement pratique et leur autorité vient de la force que les gens leur reconnaissent.

Ce n'est pas parce que nous entendons ou prononçons le mot « charia » que nous savons de quoi il s'agit. Et ce n'est pas parce que l'étymologie d'un mot renvoie à la racine sémitique *ch-r-'* que ce mot emporte dans sa valise toutes les significations de cette racine. C'est un piège classique, et sans doute le premier à éviter. On peut citer, à titre d'exemple de ce piège et des dégâts qu'il occasionne, la notice rédigée, sous l'entrée *tachri'*, dans la deuxième Encyclopédie de l'islam. Les auteurs prennent prétexte de ce que *tachri'* et charia partagent la même étymologie pour passer sous silence le fait que le premier sert aujourd'hui à désigner la notion de législation dans son acception la plus générale. Ainsi donc, à partir de leur connaissance préétablie de la trajectoire étymologique du vocable, ils affirment la nature religieuse de la législation des pays de langue arabe. Ces mêmes auteurs n'hésitent pas non plus à établir un modèle orthodoxe de charia, par rapport auquel les expériences historiques contemporaines sont évaluées. Ils affirment ainsi que l'expérience soudanaise d'élaboration d'un code pénal islamique a dévié de la charia « orthodoxe ». Une telle affirmation suppose qu'il existe des règles orthodoxes qu'il appartiendrait aux savants, orientalistes de surcroît, de désigner, et qui serviraient d'étalon de mesure de la conformité des expériences historiques diverses et variées ; un contrôle-qualité en quelque sorte. Mais en quoi l'opinion des savants serait-elle prépondérante ? Et qu'est-ce qui leur permettrait, à ces savants, de mieux distinguer ce qui est « vraiment » islamique de ce qui ne l'est pas ? Et pourquoi nos auteurs instituent-ils, de manière très semblable à ce que font les docteurs de la Loi, un âge où la charia aurait été authentique et le reste des temps où elle s'avèrerait plus ou moins déviante ? L'on sait pourtant, depuis longtemps, que les textes ne flottent pas dans le vide, qu'ils n'ont pas de signification en soi, qu'ils n'existent pas en dehors de l'action de les écrire et de les lire ; en un mot, qu'ils n'ont pas de sens littéral pur.

En général, caractériser le droit d'islamique ou parler de charia renvoie simultanément à deux choses différentes : le droit musulman comme simple référence à l'islam dans un environnement juridique ; et le droit musulman comme un système juridique qui peut être

---

[9] Herbert L.A. Hart, *Le concept de droit*, Bruxelles, Publications des Facultés universitaires Saint-Louis, 1976.

assimilé au corpus classique du *fiqh*. Mais sait-on seulement, dans ce dernier cas, ce qu'est ce *fiqh* auquel on associe bien hâtivement la charia ? La littérature est généralement confuse. Sous couvert d'un même mot, des choses bien différentes peuvent se nicher, et il n'y a aucune chance d'accéder à la signification de ce qui se dit et se fait si l'on reste prisonnier de l'illusion nominale. Inversement, si les gens appellent les choses de différentes façons, ce n'est probablement pas anodin et l'affirmation que ce sont de vieilles rengaines sous un habillage nouveau est simplement erronée. Ainsi en va-t-il, par exemple, de l'affirmation que, bien que les juges égyptiens n'utilisent plus le mot « *dhimma* » – terme utilisé dans le *fiqh* pour désigner les communautés protégées, principalement les chrétiens et les juifs –, le système de la *dhimma* est demeuré en place en droit égyptien[10]. C'est un point de vue parfaitement ironique qui suppose que les chercheurs savent mieux les choses que les gens engagés dans une pratique professionnelle, qu'ils occupent une place de surplomb permettant de dire ce qu'est la réalité, laquelle est différente de ce que les gens pensent. De plus, c'est une conception métaphysique et déterministe. Métaphysique, dès lors qu'elle affirme que les structures sont permanentes, même si les gens n'en connaissent plus rien. Les structures flotteraient dans l'histoire et les gens seraient comme génétiquement enfermés dans ces structures et contraints par elles. Déterministe, au sens où les gens seraient déterminés par des contraintes extérieures et ne produiraient ni ne transformeraient quoique ce soit, mais ne feraient que reproduire le passé.

La conception savante

Le terme « charia » est avant tout un mot de la langue arabe. En tant que tel, il a fait l'objet de multiples investigations tendant à circonscrire sa signification. Ces recherches, de nature savante, visent, par les moyens d'une méthodologie et à l'intérieur d'une discipline, à définir ce que sont le mot et ce à quoi il renvoie, à exposer ce que le terme dénote. Le plus souvent, ces recherches portent sur son sens étymologique, dogmatique et historique. Prenons l'exemple de l'ouvrage de référence Wael Hallaq, *Sharî'a: Theory, Practice, Transformations*[11].

Selon cette conception savante, la charia *est* quelque chose de particulier, un *être* spécifique et unique dont on peut faire l'*onto*genèse et l'*onto*logie. Elle est une « entité » appartenant à une « espèce » dont la « fonction » est d'« organiser la société et de résoudre les différends qui menacent de déstabiliser son ordonnancement » ; cette entité est en outre « législatrice ». Parce que la charia est une telle entité, elle s'avère « incompatible » avec d'autres entités, tel l'Etat, « une créature moderne particulière qui remplit des fonctions assez bien définies de gouvernance et de domination » (p.361). Bien entendu, les choses deviennent plus complexes quand on y regarde de plus près. C'est, si l'on suit Hallaq, au regard de « l'expérience historique » que le droit musulman s'avère peu enclin à l'intervention du pouvoir politique (autrement dit, cet être atemporel qu'est la charia ne serait quelque chose qu'à la lumière de circonstances historiques). Par ailleurs, la charia et l'Etat, bien qu'appartenant à la même espèce, seraient « d'ordre différent » (autrement dit, elles sont incompatibles parce que de même nature, bien que quand même assez différentes). Ce seraient, « en théorie comme en pratique, des systèmes revendiquant la souveraineté juridique ultime », même si ce n'est qu'en théorie que la charia considérerait l'Etat comme soumis à sa loi (autrement dit, ce qu'on affirme être vrai en théorie et en pratique n'est vrai qu'en théorie). En outre, la charia serait horizontalement centrifuge, là où l'Etat serait verticalement centripète, nonobstant l'expérience historique de l'empire ottoman où l'organisation du droit était hiérarchique (autrement dit, la charia est bien définie en théorie et les moments de l'histoire qui ne corroboreraient pas cette

[10] Maurits Berger, « Public Policy and Islamic Law: The Modern *Dhimmî* in Contemporary Egyptian Family Law », *Islamic Law and Society*, 8(1), 2001, pp. 88-136.
[11] Wael Hallaq, *Sharî'a: Theory, Practice, Transformations*, Cambridge, Cambridge University Press, 2009.

théorie ne serait que des exceptions déviantes). La charia serait idéologiquement neutre et n'aurait « pas besoin de se dissimuler derrière une idéologie impénétrable », ce qui expliquerait peut-être l'échec de l'islam à développer une économie et une société modernes, alors que l'Etat serait une « créature idéologique ayant pour fonction de déguiser la domination politique et économique de manière à légitimer la subjugation » (autrement dit, la charia ne serait pas un système de pensée doté de son « idéo-logique »). La charia serait aussi « un système concret prenant forme et opérant dans l'univers social », alors que « la loi de l'Etat-nation est surimposée d'une hauteur centrale vers le bas » jusqu'aux individus « harnachés en citoyens nationaux » (autrement dit, la charia, déduite du commandement divin, fonctionnerait horizontalement, là où l'Etat-nation, même d'inspiration démocratique, serait irrémédiablement vertical). Enfin, la charia n'aurait jamais eu l'ambition d'exercer le monopole de la violence légitime et de subordonner la société et le citoyen à son contrôle systématique, alors que l'Etat-nation est « la seule entité dans l'histoire humaine à s'être arrogé ce droit exclusif » (autrement dit, l'ambition d'organiser la société et de régler les différends que partagent la charia et l'Etat déboucherait, dans le premier cas, sur un projet pluraliste, là où il serait, dans le second, un projet hégémonique) (p.361-367).

Cela ne revêt aucun intérêt pour mon propos de relever l'étrangeté de cette caricature de l'Etat moderne et, implicitement, du droit qui en procède. Ce qui m'intéresse ici, c'est tout ce que cela révèle sur la conception de la charia qui lui est opposée, point à point. L'exercice eut été bien futile s'il s'était appuyé sur quelque ouvrage d'apologétique islamique ou d'orientalisme désuet, mais tel n'est pas le cas : nous avons affaire ici à l'ouvrage de synthèse de l'autorité académique de pointe en la matière. Nous sommes ainsi en possession d'un exemple paradigmatique de la conception que le monde scientifique peut avoir de cet être dénommé « charia » : une entité atemporelle dotée de structures essentielles la faisant échapper à l'entreprise de disciplinarisation de l'Etat-nation moderne. Heurs et malheurs du foucaldisme, pourrait-on objecter ! Certes, mais la blessure est encore plus profonde. Que ce soit dans un souci vertueux n'y change rien : le monde savant continue de produire ses moulins qu'il entreprend ensuite de charger. Pas plus l'Etat que la charia ne sont doués d'intentions, de désirs, de volonté, d'objectifs ; ce sont des construits constitutifs de la réalité sociale, des institutions créées et habitées par l'humain à des fins aussi variées qu'il n'est d'occasions pour lui de les investir. Les parer de qualités ou de défauts intrinsèques est aussi absurde que d'attribuer des propriétés physiques à Dieu : un objet conceptuel n'existe qu'à l'intérieur des jeux de langage qui s'y rapportent.

La tentation est forte, dans la perspective savante, de conférer une signification immuable au terme charia à partir d'une exploration de nature étymologique – archéologique ? – de son vocabulaire. Cette démarche procède d'une conception anhistorique et donc déterministe : les structures seraient permanentes, même si les gens n'en connaissent plus rien ; les structures flottent dans l'histoire et les gens sont comme génétiquement enfermés dans ces structures et contraints par elles ; les gens seraient déterminés par des contraintes extérieures et ne feraient donc que reproduire le passé ; les musulmans seraient historiquement déterminés par la lecture littéraliste qui a été faite de la charia dès l'origine. La démarche peut prendre une tournure sophistiquée quand, chez Clifford Geertz par exemple, le mot arabe *haqq*, parce qu'il provient d'une racine utilisée aussi bien pour parler de vérité, de Dieu, du réel et de droit, est supposé véhiculer toutes les significations spécifiques qui sont consubstantielles à l'idée de droit musulman[12]. Ici, normativité et culture se confondent, avec un fort arrière-goût d'essentialisme, en vertu de quoi les sociétés et les lois les caractérisant seraient pourvues, tout au long de leur

[12] Clifford Geertz, *Local Knowledge: Further Essays in Interpretive Anthropology*, New York, Basic Books, 1983.

vie, de traits identiques et permanents que les incidents de l'histoire ne viendraient que superficiellement égratigner.

Il existe un « bouclage culturaliste » dans l'étude de la charia. Ceci tient à une double attitude : d'une part, celle qui conduit à des extrapolations abusives à partir d'un savoir spécifique ; de l'autre, celle qui mène à l'aporie de la spécialisation locale et historique. Par extrapolation abusive, j'entends cette tendance à considérer que la connaissance d'un terme de la culture islamique permet de disserter, en général, de tout ce qui est attribué à l'islam. C'est ainsi, par exemple, que l'on recourt à une compétence en théologie musulmane médiévale pour prétendre expliquer le radicalisme politique islamique contemporain. Ou qu'on affirme la perpétuation d'un mode de pensée politique, celui du « pouvoir de l'obéissance », dont les racines plongent chez les auteurs classiques, tel Ghazali. Par aporie de la spécialisation, il faut voir la tendance qui consiste à tout expliquer de l'ici et maintenant par les particularismes de la culture et de l'histoire. Il s'agit d'une aporie parce qu'elle implique la non-traductibilité des langues et des cultures. Ainsi, il serait impropre de parler d'« Etat » chez les musulmans, parce que ce terme, dont l'étymologie renvoie à l'idée d'institution et de stabilité, ne refléterait pas la nature intrinsèquement instable du pouvoir en islam, chose reflétée dans le mot « *dawla* » – le terme utilisé en arabe pour traduire « Etat » – dont l'étymologie renvoie, elle, à l'idée de cycle et de renversement[13]. Ainsi encore, l'autoritarisme serait intrinsèque au contexte arabe qui ne peut faire que reproduire le « même schéma traditionnel » qui impose « la figure du despote », que ce soit le Prophète chez Ibn Khaldun ou le philosophe chez al-Farabi[14].

Toutes ces explications, qu'elles soient étymologiques, dogmatiques ou historiques, nous infligent une même conception, à la fois savante et simpliste, de ce qu'est la charia et, surtout, de ce qu'elle est censée faire aux hommes. Tantôt le discours est apologétique, tantôt critique ou même dénigrant. Mais la question ne devrait pas être située à ce niveau, si l'on veut bien admettre, comme les jurisconsultes le faisaient, que les desseins de Dieu ne sont pas accessibles à l'entendement humain et qu'en conséquence, nous ne pouvons que décrire ce que des humains ont fait d'une parole, fut-elle de Dieu. Comme le montre quelqu'un comme Moussa Abu Ramadan, quand il examine l'histoire d'un concept du *fiqh* à travers le temps et les auteurs, ou comme je l'ai montré en comparant trois exégèses d'un même verset coranique parlant d'obéissance à Dieu et au Prophète[15], l'intelligence de la parole divine n'a cessé d'évoluer, de se modifier, de se contredire parfois. C'est en quelque sorte nier la possibilité d'une parole divine que d'affirmer que son sens est clair, parce que cette parole serait soumise au risque d'être un jour contredite empiriquement. C'est l'argument subtilement utilisé par ces musulmans qui contestent la thèse des miracles scientifiques du Coran selon laquelle, par exemple, les principes de la physique quantique seraient contenus dans le Texte sacré. Qu'adviendrait-il en effet de la Loi divine si, d'aventure, la science, qui suit le critère de falsifiabilité, en arrivait à conclure au caractère erroné de ces principes ? On le voit, il est possible de ne pas opposer sciences sociales et foi quand on parvient à montrer que l'une et l'autre ne sont pas commensurables.

Dénotations et connotations

Robert Gleaves insiste sur l'usage polysémique du terme charia aujourd'hui. Il s'agit pour lui d'un amalgame, qui touche les journalistes et les politiciens autant que les savants, et les amène à confondre « le droit fondé sur le Coran et la tradition prophétique, les normes du fiqh,

[13] Bernard Lewis, *Le langage politique de l'islam*, Gallimard, 1988.
[14] Ali Mezghani, *L'Etat inachevé : La question du droit dans les pays arabes*, Gallimard, 2011, p.297.
[15] Dupret, *op.cit.*

le droit codifié des Etats musulmans et le droit coutumier des communautés musulmanes, (… dont il) résulte une forme de certitude à l'égard du contenu de la charia, ce qui élève alors de simples normes à un statut divin dans le but de combattre ce qui est perçu comme le caractère séculier (et donc humain) d'autres dispositions »[16]. Et d'ajouter que l'étude de la tradition pré-moderne devrait montrer qu'il n'en a pas toujours été ainsi. Je reviendrai dans un chapitre ultérieur sur la conception en question. Pour l'instant, c'est surtout la dimension connotative de l'usage du terme charia qui m'arrête : si l'on a du mal à savoir ce qu'il recouvre précisément, on sent bien qu'il emporte avec lui toute une charge affective, morale, normative, positive ou négative.

Les bouleversements qui ont affecté de nombreux pays arabes au cours de l'année 2011 ont remis à l'ordre du jour la question de la charia. Qu'il s'agisse de la Libye, de l'Egypte ou de la Tunisie, pour ne prendre que ces trois pays, on n'a cessé de l'invoquer, pour les uns, d'en agiter l'épouvantail, pour les autres. Seule constante de toutes ces situations : on tient le terme comme allant de soi et l'on ne s'interroge jamais sur sa signification. Parce qu'il est tenu pour évident, le mot sert de ressource à la construction de discours islamophiles ou islamophobes, apologétiques ou dénonciateurs, d'authenticité ou d'aliénation. En fait, « charia » en finit par connoter des tas de choses, faute d'en dénoter aucune. Il en va ainsi d'une multitude de termes importés d'une langue étrangère ou sauvagement traduits, parfois passés au dictionnaire. Je pense à fétwa (*fatwa*), cadi (*qadi*), mollah (*mulla*), moufti (*mufti*), ouléma (*'ulama*), imam, djihad, ayatollah, mais il y en a bien d'autres. Que ce soit dans la langue vernaculaire ou en traduction, il est des mots qui disent plus ou autre chose que la définition que le dictionnaire leur donne. Ces mots transportent des modes de pensée qui, souvent, fonctionnent en sorte de répéter certaines représentations du monde. Il existe des marqueurs qui, à l'intérieur même du discours, permettent de savoir quelle idéologie est parlée. Au titre de ceux-ci, les mots importés de la langue de celui qu'on souhaite disqualifier. Ce n'est pas innocemment qu'un terme est utilisé de préférence à un autre, qu'Allah est préféré à Dieu, djihad à guerre sainte ou halal à nourriture autorisée. Ce que l'on appelle couramment synonymes sont des « réserves de sens » dont l'utilisation signe un discours. Souvent, ces mots ne sont pas neutres dans leur langue d'origine. Mais le fait qu'ils soient repris par un locuteur étranger redouble la connotation, généralement de manière négative.

L'effet de connotation des mots de la charia ne se limite pas à ses usages occidentaux, loin s'en faut. Je reviendrai largement sur cela en fin d'ouvrage, mais il faut dès à présent insister sur le fait qu'aujourd'hui, la charia est un terme idéologique avant que d'être juridique, religieux, éthique ou déontologique. Elle marque l'espace politique, elle démarque les factions qui sont aux prises pour l'exercice du pouvoir, elle polarise les sociétés et leur identification à l'égard du reste du monde. Ceci ne se fait pas sur du contenu, mais sur un mécanisme de référence qui s'impose d'autorité. Au-delà des jeux d'apologétique ou de diabolisation, le contenu de la référence est fuyant. Tour à tour, c'est le caractère idéal de la cité régie par l'islam ou le symbole de son arriération qui se trouve souligné. Jean-Noël Ferrié décrit cela en termes de solidarité sans consensus et de solidarité négative[17]. Solidarité sans consensus dès lors que tous les protagonistes d'un débat s'accordent sur le vocabulaire de celui-ci, mais divergent sur la signification et les implications à lui conférer. On retrouve ici le débat classique entre tenants d'une interprétation littéraliste et d'une interprétation moderniste de l'islam et de ses sources, dans lequel tout le monde s'entend sur les vertus atemporelles de l'islam mais s'oppose radicalement sur l'identification et la nature de celles-ci. Solidarité négative en ce sens que, dès lors que le vocabulaire de la charia est promu, il devient impossible aux protagonistes de s'en

---

[16] Gleave, *op.cit.*

[17] Jean-Noël Ferrié, *Le régime de la civilité. Public et réislamisation en Egypte*, Paris: Presses du CNRS, 2004

dédire. Il en va un peu de la charia comme de la démocratie : une fois le débat placé sur ce terrain, on ne peut qu'y souscrire.

Souvent, donc, aujourd'hui à tout le moins, la Loi divine se définit moins par un contenu stable que comme le reflet d'une attitude politique et d'une façon d'être qui consiste à dire et à faire comme les autres dans certains domaines. Y référer est donc un positionnement ou un conformisme. C'est d'autant plus solide que cela renvoie au prescrit divin qu'il est difficile de critiquer d'un cœur léger. Cela fracture le monde en deux : les gens respectables et les autres. Comme le dit toujours Jean-Noël Ferrié, cette distinction est politiquement productive, « puisqu'elle contribue à légitimer ou à délégitimer des acteurs »[18]. De plus, en contexte musulman, la charia est crédible et partagée, et pas pour de simples raisons politiques : elle fait partie du monde ordinaire. Ce qu'on y met n'est certainement pas identique d'une personne à l'autre, d'un coin du globe à l'autre, d'un moment à l'autre, mais il n'en reste pas moins qu'il s'agit, en contexte musulman à tout le moins, d'une référence respectable que tout un chacun peut s'approprier. Utiliser la charia en politique est donc naturel et efficace. Faire de la politique, en effet, « c'est vouloir apparaître honnête et sincère afin d'attirer les gens ».

[18] Jean-Noël Ferrié, « Usages politiques de la charia », in B. Dupret (dir), *La Charia aujourd'hui. Usages de la référence au droit islamique*, Paris, La Découverte, 2012.

CHAPITRE 2

AUX SOURCES DE LA LOI DIVINE : LE CORAN

En arabe, le mot « charia » (*chari'a*) renvoie à l'idée de voie, de route, d'accès. Il signifie « chemin d'accès à la connaissance » ou, autrement dit, « Enseignement divin ». Si on le comprend de manière normative, il s'agit de la « Loi » de Dieu. On y recourt pour désigner toutes les Lois révélées, qu'elles soient juive, chrétienne ou musulmane. Ce que l'on appelle charia en français se dit *chari'a islamiyya* en arabe. La littérature classique – antérieure au 19e siècle – y fait peu référence. La charia est réputée inconnaissable : celui qui affirmerait la connaître ferait montre d'une *ubris* prométhéenne, lui qui prétendrait accéder aux desseins de Dieu. Ce que les savants disent de la charia relève de l'opinion qu'ils peuvent s'en faire, de la connaissance (*fiqh*) qu'ils peuvent tenter d'en avoir. Ce *fiqh* est donc une doctrine constituée par des spécialistes (*fuqaha*) sur ce qui fait obligation dans la religion de la soumission à Dieu (*islam*) révélée par le prophète Mohamed.

Le *fiqh* est, de l'aveu même de ses spécialistes, une élaboration humaine. On peut faire l'histoire de son apparition, de son développement, des débats et des conflits qu'il a suscités, des transformations qu'il a connues. Dans le processus de constitution de ce savoir, la question a fini par se poser de la méthodologie qu'il convenait d'adopter pour en distinguer les sources, les hiérarchiser, en préciser les relations. A côté donc de la connaissance de la Loi (*fiqh*) est apparue une science des fondements de sa connaissance (*'ilm usul al-fiqh*).

Pour commencer à parler de charia, il faut ainsi parler des sources de sa science telles qu'identifiées par les savants musulmans, les oulémas (*'ulama*). Selon des modalités variables d'une école à l'autre, cette science a reconnu quatre fondements principaux : le Livre sacré ou Coran (*Qur'an*), la Tradition prophétique (*Sunna*), le consensus des musulmans ou de leurs savants (*ijma'*), le raisonnement analogique et ses variantes (*qiyas*). Je me propose, dans ce chapitre et les deux suivants, de passer en revue ces sources en en déclinant la présentation selon les conditions sociales et historiques de leur apparition, d'une part, et les développements doctrinaux dont elles ont fait l'objet, de l'autre. Notons bien qu'à chaque fois, il ne sera pas question de présenter ce que ces sources seraient *en soi*, mais uniquement ce qu'on les *fait être*, par le truchement des sciences islamiques ou par celui des sciences sociales et humaines contemporaines.

La première des sources de la connaissance de la Loi, c'est le Coran. Je voudrais tout d'abord esquisser le récit de sa révélation et l'histoire de sa mise en récit. Ensuite, il s'agira d'en examiner le contenu et, tout particulièrement, sa dimension normative. Enfin, je reviendrai sur son statut de fondement du *fiqh* et sur la doctrine de sa nature increéée.

Le Coran et son Messager

Le mot « Coran » est la forme francisée du terme arabe « *qur'an* », qui renvoie à la notion de récitation. C'est, selon le dogme, la forme prise par la révélation faite au Prophète. La tradition rapporte que la première révélation survint un jour que Mohamed s'était endormi après des exercices de méditation. Il vit apparaître l'archange Gabriel, qui lui fit voir une pièce de brocart et lui intima de réciter. Mohamed de répondre : « Que dois-je réciter, je n'ai rien à réciter ». Lui furent alors révélés les premiers versets : « Récite, au nom de ton Seigneur qui a créé, a créé l'homme d'une adhérence. Récite ! Ton Seigneur est le Très Noble, qui a enseigné à l'homme par la plume, a enseigné à l'homme ce qu'il ne savait pas » (Cor.96, 1-5). Le texte matriciel a été transmis par fragments au Prophète par l'intermédiaire de Gabriel. Une citation

du Coran n'est donc pas attribuable à Mohamed mais à Dieu. Tel que révélé, le texte coranique est composé de 114 sourates organisées en ordre décroissant de longueur.

Deux repères s'imposent, dans l'historiographie du Prophète : la date de l'Hégire, c'est-à-dire de l'émigration (*hijra*) du Prophète, en 622, de la Mecque à Médine, et celle de son décès en 632. La tradition veut que l'Appel, à savoir la première révélation faite à Mohamed, soit survenu dix ans avant l'Hégire, soit aux alentours de 612. Le Coran dit, par ailleurs, qu'il serait resté parmi ses concitoyens le temps d'une vie, soit conventionnellement quarante ans, avant d'entreprendre la prédication. Cela nous amène approximativement à l'an 570. Son père, 'Abd Allah, appartient au clan des Hachim[19], de la tribu de Quraych[20]. Il meurt avant la naissance de Mohamed, qui est élevé par son grand-père, 'Abd al-Muttalib. Sa mère, Amina, meurt quand il n'a que cinq ou six ans, et il est alors confié à son oncle Abu Talib, le père de son cousin et futur gendre, 'Ali. A l'âge de vingt-cinq ans, il s'associe aux affaires d'une riche veuve, Khadija, qu'il épouse ensuite et dont il aura une fille, Fatima. C'est elle qui épousera 'Ali et engendrera la seule descendance du Prophète, entre autres Hassan et Hussein, dont procède la lignée des imams chiites.

Pendant trois ans, on rapporte que Mohamed a tenu la révélation cachée de tous sauf du cercle des premiers convertis : Khadija, 'Ali, 'Uthman, Abu Bakr. L'historiographie, musulmane ou orientaliste, nous montre que, quand elle se fait publique, la prédication mecquoise se développe au rythme des résistances au Prophète, avec quelques épisodes-clés, comme l'envoi des compagnons les plus menacés en Abyssinie, la conversion de 'Umar, l'exclusion du clan des Hachim, le décès d'Abu Talib et de Khadija, les premiers contacts avec les gens de Médine et l'idée de l'exode, l'appel fait par ceux-ci au Prophète de venir arbitrer leurs conflits. En septembre 622, Mohamed s'en va avec ses compagnons de la première heure, les Emigrés, et s'installe à Médine.

Sur les dix années séparant l'Hégire de sa mort, le Prophète est réputé avoir transmis 24 sourates dans lesquelles s'affirme son rôle de chef. Les versets nous le montrent attaché à consolider, organiser et défendre la Communauté (*umma*) des musulmans. A son arrivée à Médine, de nouveaux problèmes surviennent qu'il lui appartient de résoudre. Ainsi en va-t-il des relations entre Emigrés (*muhajirun*) et Partisans (*ansar*), c'est-à-dire ceux qui se sont ralliés ultérieurement à lui. Se pose aussi la question de la subsistance des Emigrés, de l'attitude à adopter vis-à-vis des tribus juives de Médine et de réalisation d'un idéal de justice sociale. Les cadres de la société médinoise s'en trouvent profondément affectés, sans toutefois qu'il s'agisse d'un bouleversement complet. Le texte de la révélation se fait plus dur à l'égard des juifs à chaque fois qu'il s'avère impossible pour Mohamed de se faire accepter d'eux comme le continuateur et le sceau des prophètes. L'année 624 apparaît comme celle de la rupture, quand la décision est prise d'orienter la prière vers la Kaaba de la Mecque et non plus vers Jérusalem. Ce moment est largement considéré comme fondateur de l'islam, dès lors qu'il l'institue en religion autonome et permet le ralliement des polythéistes soucieux de ne pas compromettre le rayonnement de leur sanctuaire.

Selon des commentaires tardifs, comme celui de Tabari (m. 923), le texte coranique, qui est quasiment la seule source contemporaine du Prophète, ferait allusion à de multiples raids lancés de 623 à 627 contre les polythéistes. Une victoire est remportée à Badr, en 624. Elle fit date en raison de la preuve que l'on pouvait y voir du soutien de Dieu aux musulmans, et aussi de la menace que la nouvelle communauté constituait pour les Mecquois. En revanche, 625 est

[19] D'où le nom d'une dynastie régnante de nos jours, les Hachémites.
[20] Nom de la plus fameuse tribu de l'islam arabe.

marquée par le revers essuyé face aux troupes envoyées par la Mecque. Paradoxalement, parce que son opinion n'a pas été suivie dans les choix tactiques, l'autorité du Prophète en sort renforcée. Victoires et défaites sont à chaque fois accompagnées de mesures répressives à l'égard des tribus juives. Pendant cette période, Mohamed se marie plusieurs fois, à Aïcha (fille d'Abu Bakr) et Hafsa (fille de 'Umar) tout d'abord, à l'épouse répudiée de son fils adoptif ensuite. Ce dernier mariage fut autorisé par une révélation excluant les relations de parenté à l'égard des enfants adoptés[21]. En 627, les Mecquois subissent une défaite lors de la bataille du Fossé.

A partir de cette date, historiographie et tradition montrent que la Communauté s'engage dans une phase d'expansion, avec des objectifs plus lointains. Une révélation enjoint aux musulmans d'aller faire le pèlerinage à la Mecque, en 628. La caravane des Médinois est interceptée, mais un compromis est atteint (convention d'Udaybiyya) : Mohamed renonce au pèlerinage de cette année, mais reçoit un sauf-conduit pour lui et les musulmans l'année suivante. Plusieurs Mecquois se convertissent à ce moment, dont les deux futurs conquérants que sont Khalid Ibn al-Walid et 'Umar Ibn al-'As, qui rejoignent Médine secrètement. En 629, le pèlerinage est organisé et les musulmans y font forte impression. La conversion de l'ensemble des tribus arabes est envisagée. Fin 629, la convention d'Udaybiyya est dénoncée et les musulmans partent à la conquête de la Mecque. La Ka'ba est alors rendue au culte monothéiste. Les ralliements – qui ne correspondent pas nécessairement à des conversions – se multiplient et de nombreuses tribus arabes font allégeance, dont les tribus chrétiennes du nord de la péninsule arabique ou les tribus chrétiennes et juives de Najran, qui se voient reconnaître le libre exercice de leur culte en échange du paiement de l'impôt des protégés (*jizya*). Les révélations se multiplient contre les polythéistes impénitents.

En 632, la tradition nous indique que Mohamed dirige son dernier pèlerinage, désigné comme celui de l'Adieu. Il meurt le 13 du mois de Rabi' al-awwal de l'an 11 de l'Hégire, sans héritier mâle. Les rivalités entre factions se rallument. La question de la succession temporelle du Prophète est soulevée, sachant qu'aucune disposition ne l'organise. Pour Hichem Djaït, parce que « la fonction prophétique était perçue comme une fonction de commandement qui demandait un successeur », s'impose alors « une manière de démocratie communautaire restreinte à l'élite »[22]. Emerge le thème de l'allégeance (*bay'a*) au successeur au Prophète, le commandeur des croyants (*amir al-mu'minin*). Le terme de lieutenant du Prophète (*khalifa*, calife) n'apparaîtra qu'avec les Omeyyades, et c'est rétroactivement que les historiographes l'appliqueront à ceux que l'on appelle communément les califes bien-guidés. La nature du pouvoir que nous révèlent les sources n'est religieuse qu'en tant que la communauté sur laquelle il s'exerce trouve son origine dans la religion. Le dogme se veut ferme : l'autorité revient à Dieu qui l'a déléguée à son Prophète, et le calife n'en est que le successeur. Dans la pratique, toutefois, le pouvoir du calife apparaît politique et personnel, limité par la seule parole de Dieu et l'exemplarité de l'action de son Prophète (*Sunna*), mais aussi par l'opinion consensuelle de l'élite des musulmans (*ijma'*). Leur pouvoir (*sultan*) n'est pas religieux, bien que leur légitimité soit religieuse. Avec le troisième calife, 'Uthman, ce pouvoir acquiert cependant une forme monarchique.

Il n'existe pour ainsi dire pas de sources sur la vie du Prophète qui lui soient contemporaines, à l'exception d'un ensemble de textes regroupés sous l'appellation de « Constitution de

---

[21] C'est le fondement de l'interdiction de l'adoption dans les législations contemporaines de pays majoritairement musulmans.

[22] Hichem Djaït, *La Grande Discorde. Religion et politique dans l'islam des origines*, Paris, Gallimard, 1989, p.49.

Médine », qui règle les relations entre immigrants (*muhajirun*), ralliés médinois (*ansar*) et juifs de Médine. La biographie de Mohamed est, sinon, l'objet de deux genres particuliers dans la littérature islamique, les *maghazi* (récits de conquête) et les *sira* (la geste prophétique), outre les traditions prophétiques (*hadith*) dont je parlerai au chapitre suivant. Ibn Ishaq (m. 767) est réputé être le premier biographe, mais l'ouvrage ne nous est parvenu que par l'intermédiaire d'Ibn Ishaq (m. circa 830), auteur d'une *Sira rasul Allah* (La Geste de l'Envoyé de Dieu). Un auteur comme Tabari (m. 922) fait de Mohamed le couronnement de son *Histoire des prophètes et des rois* (*Ta'rikh al-rusul wa-l-muluk*). Ibn Kathir (m. 1373) est quant à lui l'auteur de la très fameuse *al-Sira al-nabawiyya* (La Geste prophétique). Ces ouvrages, de nature plutôt apologétique, procèdent de la même dynamique que les recueils de traditions prophétiques (*hadith*), en ce sens qu'ils s'appuient sur les témoignages de contemporains du Prophète rapportés par le biais d'une chaîne de transmission. Un autre genre islamique, celui des « causes de la révélation » (*asbab al-nuzul*), s'intéresse pour sa part aux circonstances qui ont entouré la transmission prophétique de la parole de Dieu.

On trouve naturellement de nombreuses biographies dans la littérature « orientaliste »[23], qui s'inspirent très largement des *sira* tout en critiquant la valeur historique. Celle d'Alois Sprenger[24] a fait date, entre autre par son caractère polémique. Celle de Maxime Rodinson[25] mérite une mention particulière, parce qu'elle inscrit la vie de Mohamed dans la perspective de l'Arabie des 6ᵉ et 7ᵉ siècles et dans le cadre d'une interrogation sur l'émergence des idéologies. Cette littérature orientaliste se démarque naturellement de son homologue islamique, en ce sens qu'elle vise, au pire, à discréditer la personne du Prophète, au mieux, à insérer sa prédication dans un contexte qui, en l'historicisant et en le sociologisant, en relativise la dimension métaphysique. Sans doute l'histoire de l'islam naissant est-elle difficile, parce que ses sources sont une construction et que sa chronologie est une mise en histoire. Cet islam-là constitue largement une élaboration rétroactive. Cela n'empêche cependant pas la recherche historique de produire une histoire des débuts de l'islam à partir de l'étude serrée des quelques sources historiographiques existantes[26].

Le texte coranique : mystique et Loi

Au-delà d'un constat, qui est aussi irritant pour le croyant qu'il est fondé historiquement, il importe de faire la distinction entre prédication mohamédienne, c'est-à-dire « intervention d'un homme qui parle, agit, ressent fortement les vacillements de son milieu, annonce des bouleversements et leur donne une signification », et enseignement prophétique, à savoir un ensemble de « lois morales, économiques, politiques, élaborées après le temps du prophète et en fonction de changements que celui-ci a provoqués, et qui sont, rétroactivement, attribués au prophète »[27].

La question de la nature de la révélation coranique est, au sein même de la communauté musulmane, l'une des plus contrastées et contestées qui soit. Pour les uns, le texte révélé est d'ordre mystique et ne saurait être lu comme prescrivant des règles d'ordre juridique[28]. Pour

---

[23] Il s'agit de la littérature qui entend jeter un regard extérieur sur les civilisations de l'Orient… de l'Occident.
[24] Alois Sprenger, *Das Leben und die Lehre des Mohammed. Nach bisher größtenteils unbenutzten Quellen*, Berlin 1861.
[25] Maxime Rodinson, *Mahomet*, Paris, Seuil, 1961.
[26] Fred Donner, *Narratives of Islamic Origins. The Beginnings of Islamic Historical Writing*, Princeton NJ, Darwin Press, 1988.
[27] Christian Décobert, *Le mendiant et le combattant. L'institution de l'islam*, Paris, Seuil, 1991, p.26.
[28] 'A. Al Ajamî, *Que dit vraiment le Coran*, Aubagne, Editions Zénith, 2011.

les autres, il s'agit essentiellement de la Loi de Dieu, qui ordonne et interdit[29]. Pour Joseph Schacht[30], il est manifeste que le Prophète visait avant tout une réforme religieuse et une révolution morale ; « son autorité n'était pas légale mais religieuse, aux yeux des croyants » (p.21). Si Mohamed fut amené à jouer un rôle politique, cela résulta de circonstances spécifiques et, tout particulièrement, du rôle que son installation à Médine lui fit endosser. Comme le souligne Christian Décobert, « force est de constater que le Texte sacré n'est pas *la* source légiférante, que ce Texte a surtout et avant tout une fonction liturgique », ce qui ne l'a pas empêché d'être investi ultérieurement d'une fonction légiférante[31].

L'ordonnancement du texte coranique, tel qu'il est aujourd'hui établi, est fort hétérogène. Le classement, en-dehors de la grande distinction des périodes mekkoise et médinoise, est arbitraire, une même sourate pouvant inclure des révélations de différentes époques pour des raisons d'affinité. Le Coran comporte 114 sourates (*sura*) de taille variée (de 4 à 286 versets). Pour l'essentiel, c'est la taille des sourates qui préside à leur rangement, des plus longues au plus courtes, à l'exception de la sourate inaugurale, la Fatiha. Le terme utilisé pour désigner un verset (*aya*) veut dire en arabe « signe » : le verset est un signe divin adressé à Mohamed, qui n'a jamais revendiqué d'autre miracle que d'avoir transmis la révélation. Chaque titre de sourate en présente le nom, le nombre de versets qu'elle comporte et la période (pré ou post-hégirienne) de sa révélation.

Les sourates qui semblent correspondre à la période initiale de la prédication sont brèves, faites de serments solennels, richement rimées, et appellent à diverses vertus. Leur style rappelle celui des devins païens. Se côtoient des thèmes liés à la toute-puissance de Dieu, à la résurrection, au Jugement dernier, au sort cataclysmique des damnés, au Dieu créateur à qui l'homme doit reconnaissance et repentir, à l'inégalabilité du Coran, des vérités premières qui s'inscrivent dans les traditions chrétienne et juive aussi bien que dans la religion des ascètes (*hanif*), et de multiples exhortations au monothéisme. A mesure des résistances qu'elle suscite, la révélation multiplie les invectives. Suit une période où apparaissent de nouveaux thèmes, telle la clémence de Dieu et la rupture avec toute forme de polythéisme. Nombre d'homélies prennent la forme de triptyques, avec une affirmation dogmatique, le récit de prophètes et une conclusion incitant à conjurer le sort des impies. Le refus du polythéisme s'impose, de même que la continuité prophétique, avec Mohamed qui vient sceller (*khatam*) le cycle des prophètes. On peut identifier une troisième période mecquoise faite de versets plus longs, de style moins hermétique, où les thèmes de la bienfaisance de Dieu et de l'unicité divine (*tawhid*), avec ses corolaires de toute-puissance divine et de prédestination humaine, prennent de l'ampleur. Les contacts avec les juifs y sont attestés par l'allusion à des interdits alimentaires et l'idée d'un monothéisme scindé par la malice humaine. Le raidissement à l'égard du paganisme s'accentue. Il est question du voyage nocturne du Prophète à Jérusalem (*mi'raj*).

Les sourates de la période médinoise sont indubitablement marquées de la fonction d'arbitre que Mohamed avait été appelé à exercer. Au nom de Dieu, le Prophète rendit des sentences en s'appuyant sur les règles qui prévalaient dans l'Arabie de l'époque. Mais ici aussi, c'est d'une autorité religieuse qu'il se prévalait. Il est en tout cas difficile d'affirmer que le Coran dessine les cadres fixes et les rouages précis d'une cité temporelle. Il n'y a guère plus de trois ou quatre normes révélées dans le Coran dont on peut dire qu'elles ont une connotation politique. Ainsi, le seul vrai pouvoir est-il celui de Dieu — *Coran* VI, 67 : « C'est à Lui qu'appartient le jugement (*hukm*) ». Il est cependant des détenteurs du pouvoir à qui il faut obéir — *Coran* IV, 59 : « O

[29] 'Abd al-Qadir 'Awda, *L'Islam et notre condition juridique* (en arabe), Le Caire, s.d.
[30] Joseph Schacht, *Introduction au droit musulman*, Paris, Maisonneuve & Larose, 1983.
[31] Décobert *op.cit.*, p. 27.

vous qui croyez ! Obéissez à Dieu, obéissez à l'Envoyé et à ceux d'entre vous qui détiennent l'autorité (*amr*) ». Ils sont tenus de juger et commander en toute justice — *Coran* IV, 58 : « Certes, Dieu vous commande (…,) quand vous jugez entre des gens, de juger avec équité » — , de même que de consulter les croyants — *Coran* III, 159 : « Pardonne-leur, demande pardon pour eux, et consulte-les (*shura*) en l'affaire ». De manière globale enfin, la communauté musulmane, « la meilleure qui ait surgi parmi les hommes » (*Coran* III, 110), doit commander le bien et proscrire le mal — *Coran* III, 104 : « Puisse-t-il y avoir, de par vous, une communauté (dont les membres) invitent au bien, ordonnent (*amr*) le convenable et prohibent (*nahi*) le répréhensible ! ». Il existe donc une contradiction à affirmer l'irrémédiable confusion du politique et du religieux en islam face à des versets coraniques aussi peu nombreux et aussi généraux.

Les révélations de la période médinoise mêlent différentes obligations touchant au rite, à la morale et à l'organisation de la cité. On peut sans doute parler d'institution d'un ordre normatif, mais en tout cas pas d'un système juridique. L'accent est porté sur les façons d'agir, sur le caractère blâmable de certains comportements, sur les vertus du pardon. L'injonction est faite de juger avec équité, de refuser la corruption, de ne pas mentir. Ou encore de coucher les contrats par écrit, de prendre des témoins, de tenir ses engagements, de rendre ce qui a été confié en dépôt. De la même façon, la prohibition coranique des jeux de hasard et de l'usure constitue une norme morale et non une règle dotée de ses conditions d'application et de la sanction de son infraction. Ainsi aussi en va-t-il des questions propres à la guerre, au butin ou aux relations familiales. S'agissant des deux premières, ce qui domine, c'est l'identification de ceux qu'il faut combattre, le mode de traitement des vaincus ou la répartition de leurs biens entre les vainqueurs musulmans. Les relations familiales sont, pour leur part, largement traitées, mais plutôt sous l'angle de la manière de se comporter avec les parents, les enfants, les épouses, les esclaves. Ce n'est que subsidiairement que le texte coranique stipule quelques règles, en matière d'héritage particulièrement. Et encore faut-il souligner, à la suite de Joseph Schacht, que, « dans ses prescriptions finales, (il) préserve l'élément moral par sa tendance à attribuer des parts de l'héritage à des personnes qui n'avaient pas de droits à la succession d'après l'ancienne loi coutumière »[32]. Plusieurs crimes sont désignés explicitement par le Coran, mais leur sanction n'est pas organisée de manière systématique et se révèle souvent plus morale que juridique. Il est une doctrine pour affirmer, d'ailleurs, que l'application des peines coraniques n'est envisageable qu'à la condition d'une société moralement idéale, ce qui est donc illusoire ici-bas.

Si le Coran ne dessine pas les contours d'un système de droit, il n'en a pas moins été abondamment utilisé comme la source principale ou, plus exactement, comme le cautionnement d'une doctrine de nature juridique. Cela s'observe dans les domaines pénal, procédural, de la famille, des biens et des obligations[33]. On trouve dans le texte coranique des dispositions sur la lutte contre la mécréance (*jihad*). Les règles de répartition du butin sont même stipulées de façon détaillée. On a vu que, sur le plan politique, les dispositions sont très générales : obéissance, consultation, arbitrage. Il existe aussi des règles établissant des impôts et en fixant la répartition. En matière pénale, le principe du talion (*qisas*) est généralisé, avec le principe corollaire d'équivalence entre l'acte coupable et son châtiment. En parallèle, le principe du prix du sang (*diya*), qui autorise le rachat du dommage physique infligé et l'abandon de la peine du talion, est encouragé pour les homicides et les coups et blessures, et même rendu obligatoire en cas d'erreur. On peut également remarquer le passage à un système de responsabilité individuelle. Certaines interdictions font leur apparition, dont la sanction est renvoyée à l'au-

[32] Schacht, *op.cit.*, p.23.
[33] Hervé Bleuchot, *Droit musulman. Tome 1 : Histoire*, Aix-en-Provence, PUAM, 2000, p.54-57.

delà (comme l'usure ou la consommation de vin) ou au contraire stipulée (*hudud*). Il s'agit du vol (*saraqa* : mutilation), du brigandage (*haraba* : mort, mutilation ou bannissement), de la fornication (*zina* : fustigation) et de l'accusation mensongère de fornication (*qadhf* : fustigation).

D'autres dispositions coraniques établissent des règles procédurales, comme l'enregistrement écrit des dettes, la présence de quatre témoins pour prouver la fornication (condition difficile à remplir qui alimente le discours sur le caractère idéal et inatteignable des sanctions coraniques), la recommandation du témoignage. Le Coran est plus prolixe sur la famille. Il autorise la polygamie tout en la limitant à quatre épouses ; il réduit la période de viduité exigée d'une femme entre deux mariages (*'idda*) ; il destine le don nuptial (*mahr*) à l'épouse et non à sa famille ; il interdit le mariage par échange de femmes entre familles ; il proscrit l'adoption plénière et lui substitue une forme de tutelle (*kafala*) ; il met fin à l'exhérédation des femmes ; il encadre la répudiation (*talaq*) ; il abolit le droit de vie et de mort du père à l'égard de ses filles. Quelques règles concernent enfin les biens et, plus précisément, les contrats.

La question exégétique, le blocage herméneutique

Le texte coranique a fait l'objet d'un immense travail herméneutique et exégétique. La forme consacrée de celui-ci est le *tafsir*, du terme arabe qui signifie interpréter. Plus qu'un commentaire, le *tafsir* est une exégèse qui recourt aux traditions, à la linguistique et à la logique pour aider à la clarification du sens des versets. De très nombreux savants musulmans ont entrepris la rédaction de *tafsir*, au nombre desquels al-Tabari (m. 923), Ibn Kathir (m. 1370) ou al-Mahali et al-Suyuti (*Tafsir al-jalalayn*, achevé en 1505). Dans la tradition chiite, on peut mentionner le *Tafsir al-mizan*, une œuvre de Tabataba'i (m. 1981), un savant iranien contemporain.

Le travail des exégètes (*mufassir*) porte sur l'ensemble du texte coranique et inclut donc les versets de portée normative. Je voudrais faire l'exercice de mettre en perspective trois exégèses pour donner un aperçu de l'importante marge d'interprétation offerte par le texte coranique et de l'usage qui a pu être fait de cette marge[34]. Prenons ces deux versets de la sourate des Femmes, où il est dit :« Certes, Dieu vous commande de rendre les choses qui vous sont confiées à leurs propriétaires et, quand vous jugez entre les gens, de juger en équité » (verset 58) ; et : « O vous qui croyez ! Obéissez à Dieu, obéissez à l'Envoyé et à ceux d'entre vous qui détiennent l'autorité » (verset 59). Prenons également trois exégètes : Fakhr al-Din al-Razi (m. 1209), l'emblème du sunnisme classique antérieur aux invasions mongoles, Rachid Rida (m.1935), le disciple de Muhammad 'Abduh, symbole du réformisme sunnite du début du 20e siècle, et Sayyid Qutb (m. 1966), un membre important de la Confrérie des Frères musulmans et un fondateur de l'islamisme contemporain.

Alors que Qutb fait du principe du jugement équitable un principe général (un universel) s'imposant à tous, le fondement d'un égalitarisme devant Dieu, Razi considère que seul un imam peut instaurer cette justice et cette autorité, alors que Rida parle de juges équitables, connaisseurs des règles inspirées par Dieu et capables de les déduire. Il est intéressant de noter que, s'agissant des sources de la charia, Razi établit une distinction fondamentale entre ce qui est réglé textuellement (Coran, Tradition, consensus), qui a valeur d'argument d'autorité, et ce

[34] Baudouin Dupret, « Autorité et consultation en Islam. Présentation et traduction annotée des commentaires de Fakhr al-Dîn al-Râzî, Rashîd Ridâ et Sayyid Qutb sur Cor. III, 104 et 159 », *Annales islamologiques*, tome XXIX, 1995, p. 233-281.

qui ne l'est pas (raisonnement), qui n'a qu'une valeur dérivée, alors que Rida ne se soucie que d'insister sur la valeur égale du consensus en l'absence de tout texte. La question la plus importante tourne autour de l'identification des gens du consensus et des détenteurs du commandement. Pour Razi, les gens du consensus sont les oulémas, à l'exclusion des autres et des gens du commun ; et les détenteurs du commandement sont les émirs et sultans, quand ils agissent avec justice et correction, parce qu'alors ils obéissent à Dieu, ou, mieux encore, les gens du consensus. Rida identifie les détenteurs de l'autorité aux leaders de la communauté, aux gens qui font allégeance au nouveau gouvernant. C'est donc l'élite de la communauté. Une fois encore, on retrouve une règle de la théorie de la représentation qui veut que le consensus de ces individus vaut consensus de la communauté, ce qui impose de leur obéir. La référence au modèle occidental devient explicite quand Rida distingue les fonctions législative, exécutive et judiciaire. Qutb est, quant à lui, un tenant de la représentation directe dans la mesure où, ne faisant de l'obéissance aux détenteurs de l'autorité qu'une suite logique de l'obéissance à Dieu et à l'Envoyé, il considère que leur obéir n'est qu'une obligation dérivée et limitée, chaque individu étant, *in fine*, le seul garant de la Loi et de la Tradition. En somme, si Razi investit le groupe des oulémas de la tâche de guidance et du leadership moral de la communauté, Rida, qui est en réaction contre la catégorie des oulémas, affirme que nul n'est censé ignorer la Loi et que, partant, l'obligation s'impose à tout le monde. Il voit donc dans la monopolisation du savoir une incitation à l'élitisme et à l'ignorance des masses, tout en considérant que la fonction de transmettre le savoir doit être réservée à une élite savante. Qutb, enfin, refuse manifestement l'idée d'une quelconque élite savante et ne parle que d'une autorité, seule habilitée à « légiférer anticipativement » certains comportements potentiellement répréhensibles. La mystique révolutionnaire de Sayyid Qutb est symptomatique. Il est l'échantillon de cette politisation de l'islam, qui propulse la religion dans l'arène des utopies.

Selon son texte même, le Coran n’est pas seulement inspiré par Dieu, il reproduit littéralement la révélation divine et éternelle, qui est consignée sur une tablette gardée au ciel par les anges. Mohamed est l’instrument d’une révélation transmise littéralement aux hommes. Le texte du Coran est donc, selon le dogme sunnite, le Verbe de Dieu, comme un attribut qui Lui serait coexistant. Il est increé, un miracle, une œuvre incomparable et inégalable. Il n’en reste pas moins que même le dogme admet que la fixation écrite et complète du texte ne s’est pas faite du vivant du Prophète, mais au long des cinquante premières années de l’Hégire. Les révélations étaient mémorisées et récitées, chose parfaitement normale à une époque où dominait une tradition poétique orale. Sans doute des bribes du Coran étaient-elles déjà consignées par écrit, comme aide-mémoire particulièrement, mais elles ne le furent pas de manière complète et systématique. En outre, l’écriture de l’arabe n’étant pas encore totalement fixée à l’époque, des lectures divergentes d’un même ensemble de signes s’avéraient possibles.

On peut relever deux séries d’éléments importants : ceux qui ont trait à l’histoire de la compilation écrite du Coran et ceux qui ont trait à l’organisation du texte tel qu’il a été établi à un moment donné. On sait en tout cas que, dès la mort du Prophète, la crainte d’une perte de la révélation a poussé le premier calife, Abu Bakr, à charger un secrétaire d’une recension écrite, qui s’est appuyé sur des recueils particuliers et la consultation des meilleurs « porteurs du Coran ». Des divergences sérieuses lors de campagnes militaires soulignèrent l’urgence de l’établissement d’une vulgate. En 650, le troisième calife, ‘Uthman, fit reprendre, corriger et compléter la recension d’Abu Bakr, mais sans tenir compte d’autres traditions que celle de la Mecque et avec un résultat largement considéré comme imparfait. Suivent des versions multiples, révisant le texte sur des détails et améliorant les questions d’orthographe permettant de préciser la lecture. En toute hypothèse, l’établissement de la vulgate coranique est en enjeu important qui correspond, à la fin du 7e siècle, c’est-à-dire durant le règne du calife omeyyade ‘Abd al-Malik (685-705), à une première phase d’institutionnalisation de l’islam, avec

parallèlement l'édification du Dôme du Rocher, la frappe d'une monnaie originale, la représentation du calife sous une forme impériale, l'instauration du calife législateur. Cela ne se fait pas sans difficultés, sur fond de dénonciation chiite d'un Coran manipulé et de contestation, toujours chiite, de l'autorité du calife à incarner et faire la Loi – c'est à l'imam chiite que revient cette autorité[35].

Différentes écoles de lecture apparurent, mais le texte coranique était fixé dès la fin du septième siècle. Le texte du Coran est aujourd'hui le même pour tous les musulmans, même si les chiites affirment que le texte intégral ne sera révélé qu'à la fin des temps et que les kharijites rejettent la sourate de Joseph. En outre, le texte est toujours vocalisé pour éviter les ambiguïtés. Il est divisé en une trentaine de sections égales permettant sa lecture jour après jour pendant un mois. La fixation du texte ne signifie que l'arrêt autoritaire du débat sur sa forme et ses variantes. Avec le développement des sciences critiques, de nouvelles lectures voient le jour, qui contestent entre autre la vocalisation canonique et, de ce fait, proposent de nouvelles significations au Texte révélé.

Une des difficultés propres à l'herméneutique du Coran tient à ce que, contrairement aux textes bibliques, il s'est constitué sur un temps trop court pour qu'une véritable sédimentation de l'écriture ait pu opérer, si bien qu'on ne peut en repérer des différentes étapes[36]. Il en résulte d'importants problèmes de chronologie, indiqués (mais non résolus) depuis longtemps. Dans son *Histoire du Coran* (1860), Nöldeke montre comment, regroupant les sourates d'après leur style et leur contenu, il est possible de déceler l'interpolation de révélations plus récentes dans des sourates anciennes[37]. L'islamologue et traducteur du Coran Régis Blachère (1946) a poursuivi cette étude et a ainsi pu apporter des précisions à la biographie du Prophète[38]. Plus récemment encore, J. Wansbrough (1977) a formulé une thèse controversée selon laquelle la révélation serait issue d'une masse considérable de déclarations prophétiques puisées dans une réserve traditionnelle d'images monothéistes, travaillées par une longue période de transmission orale et appuyées sur une série de courtes sentences déjà présentes initialement. Le texte coranique serait ainsi une écriture composite étalée sur plusieurs générations[39].

Une autre difficulté propre à l'analyse du texte coranique procède de son statut dans le dogme orthodoxe. Récitation dont la connaissance par cœur est présentée, aux dires du Prophète lui-même, comme partie intégrante de la « vraie religion », le texte du Coran est censé reproduire mot pour mot une révélation divine éternelle jusque dans sa forme. Le rôle de Mohamed n'est, en la matière, que celui d'un instrument docile par l'entremise duquel la révélation a été transmise littéralement. Ainsi, pour Ibn Khaldun, le Coran est-il « la parole de Dieu révélée à Son Prophète et transcrite sur les pages du Livre »[40]. Autrement dit, le Coran est le Verbe de Dieu qui Lui coexiste, ce qui est attesté, nous dit le dogme, sans doute développé aux alentours du deuxième siècle de l'Hégire, par sa forme littéraire miraculeuse. Comme il s'agit d'un dogme, il n'est pas étonnant de le voir contredit, y compris par des « esprits libres en Islam »[41].

---

[35] M. Amir-Moezzi, *Le Coran silencieux et le Coran Parlant. Sources scripturaires de l'islam entre histoire et ferveur*, Paris, CNRS, 2011.
[36] Décobert, *op.cit.*, p.34.
[37] Theodor Nöldeke, (1860) *Geschichte des Qorans*, 1860.
[38] Régis Blachère, *Introduction au Coran*, Paris, 1946.
[39] J. Wansbrough, *Quranic Studies. Sources and Methods of Scriptural Interpretation*, Oxford, Oxford University Press, 1977.
[40] Ibn Khaldun, *Muqaddima*, VI, 10.
[41] Rodinson, *op.cit.*, p.119-120.

A l'inimitabilité du Coran vient se surajouter un dogme corollaire, celui de son intangibilité. Si le texte coranique correspond à la parole authentique et inaltérée de Dieu, il se retrouve placé hors de toute possibilité herméneutique. Cette question fut l'objet de débats majeurs, tel celui qui opposa mu'tazilites et hanbalites au 9ème siècle. Pour les premiers, connus également sous le nom de gens de la raison (ahl al-'aql), le Coran était créé, alors que pour les seconds, les gens de la transmission (ahl al-naql), il est la parole incréée de Dieu. Le courant mu'tazilite fut défait et le débat clos. L'entreprise herméneutique s'est toutefois développée au 20ème siècle, entre autre sous l'influence des sciences critiques. On peut citer, parmi ses représentants qui se revendiquent de leur foi musulmane, les figures de Mohammed Arkoun (m. 2010), qui juge nécessaire de démythifier le texte sacré, Khalil Abdulkarim (m. 2002), qui réinscrit le Coran dans son contexte historique, Nasr Hamid Abu Zayd (m. 2010), qui actualise les thèses mu'tazilites, ou Abdolkarim Soroush, qui suggère de distinguer la religion révélée de son interprétation sociohistorique.

Usages contemporains du Coran dans le droit

Le Coran ne constitue pas une source normative très prolixe. Devant les tribunaux, aujourd'hui, il n'est guère utilisé, sinon pour confirmer la légitimité de règles de droit en vigueur. En revanche, son interprétation peut parfois faire l'objet de recours, comme dans le cas de la fameuse affaire Abu Zayd. Egyptien de confession musulmane, Nasr Hamid Abu Zayd était professeur-assistant à la Faculté des lettres de l'Université du Caire. Auteur de nombreuses publications, dont *L'Imam al-Chafi'i et la fondation de l'idéologie médiévale* et *Le Concept de texte : étude en sciences du Coran*, il avait demandé, en mai 1992, sa promotion au grade de professeur. Un des trois rapporteurs de sa candidature s'opposa à la promotion au motif qu'Abu Zayd s'en prenait à la religion islamique et tenait des propos à l'orthodoxie douteuse. En mars 1993, l'Université entérina cet avis. L'affaire prit une tournure nouvelle quand un collectif d'avocats introduisit, en mai 1993, une requête devant le tribunal de première instance, section du contentieux du statut personnel, qui demandait que soit prononcé un jugement séparant Abu Zayd de son épouse, Ibtihal Yunis, Egyptienne de confession musulmane[42]. Prétextant que les publications d'Abu Zayd « contiendraient des éléments impies (*kufr*) le faisant sortir de l'islam (…et) le feraient considérer comme apostat (*murtadd*) », ils demandaient que soient « appliquées en son cas les règles de l'apostasie (*ridda*) », dont « le jugement en séparation des époux ». Le tribunal de première instance rejeta cette requête en soulignant que les demandeurs ne disposaient pas de l'intérêt personnel exigé par la loi pour poursuivre Abu Zayd en divorce.

Le collectif interjeta appel en février 1994. En mars 1995, la Cour d'appel invalida l'interprétation du tribunal de première instance en estimant que cette question portait sur un droit de Dieu (haqq Allah). Un tel droit est d''intérêt général et concerne l'ensemble de la Communauté (umma) islamique, tout musulman se trouvant donc en droit de « pourchasser le mal (munkar) qui se serait produit ou de commander le bien (ma'ruf) qui serait en désuétude ». Pour la Cour, les requérants demandant le divorce des époux du fait de l'apostasie d'Abu Zayd poursuivaient un intérêt lié à l'islam. Il restait toutefois au juge d'appel à prouver l'existence d'un fait d'apostasie commis par Abu Zayd. Reconnaissant que le droit égyptien n'autorise pas un tribunal à juger de l'islam d'un citoyen, la Cour affirma qu'il en va différemment quand l'apostasie ne fait aucun doute. A cet égard, elle érigea le Coran en étalon de mesure de l'impiété des œuvres d'Abu Zayd, et il ressortit que : « L'auteur dénie au Dieu Très-Haut Sa qualité de Roi (malik), tel que c'est établi dans le Coran dans de nombreux versets … dénie le trône et les

[42] Il existe une disposition du Code civil égyptien qui exige qu'une Egyptienne musulmane ne puisse épouser qu'un homme de confession musulmane et la contraint, dès lors, à en être divorcée s'il perd cette qualité du fait de son apostasie.

anges soldats de Dieu, qui sont des créatures attestées par des verset coraniques au sens clair … considère que les versets du Livre du Dieu Très-Haut, s'ils sont compris littéralement, composent une image mythique … dénie l'existence des démons … dénie aux génies la qualité de créatures dotées d'une existence véritable, attestée par le Coran dans des versets au sens clair … soutient que les versets coraniques ne constituent pas une réalité ni une vérité, mais bien une manifestation intellectuelle de l'époque prophétique ». En cela, pour la Cour, Abu Zayd se serait opposé à la Vérité révélée : « Le défendeur, par ce propos, écarte les propos du Vrai — béni soit le Très-Haut ! — par lesquels Il dit, dans le Saint Coran, qu'Il est le Vrai et que ce qu'Il a révélé est le Vrai, qu'Il n'a pas apporté ce qui est vain entre Ses mains ou par Ses créatures, que l'Envoyé — que Dieu le bénisse et lui donne la paix ! — ne parle pas en vain. Ces signes sont attestés dans le Livre du Dieu Très-Haut. La Cour ne s'appuie ni sur l'exégèse ni sur l'interprétation, dans la mesure où le Saint Coran constitue, en l'espèce, un 'texte' qui ne nécessité ni exégèse ni interprétation ». Pour la Cour, l'ensemble de ces propos faisaient de celui qui les tenait un apostat qui devait, en conséquence, être obligatoirement divorcé de son épouse musulmane. Cet arrêt fut confirmé par la Cour de cassation, mais son application fut suspendue par le juge d'application des décisions.

CHAPITRE 3

AUX SOURCES DE LA LOI DIVINE : LA TRADITION PROPHETIQUE

La deuxième des sources de la connaissance de la Loi, c'est la *Sunna*, la tradition du Prophète. Celle-ci correspond à l'ensemble des faits, gestes et dires de Mohamed et vise la « façon de vivre » du Prophète, de ses compagnons et de la première génération des musulmans. Si, dans la hiérarchie de ces sources, la Tradition se place indubitablement après la parole coranique, elle n'en constitue pas moins, dans la pratique, le réservoir principal de normes, éventuellement juridiques. Cette tradition prophétique a une histoire complexe où se nouent différents fils de la trame communautaire musulmane. L'un de ces fils est celui de la proximité au Prophète, au fondateur de la Communauté, qui institue un système d'autorité au sein de celle-ci. Un autre fil est celui de la mise en place d'un discours normatif trouvant dans la Tradition ses thèmes et sa force. Cette trame trouve sa substance dans un mécanisme d'islamisation de la norme locale, c'est-à-dire d'inscription des emprunts faits aux sociétés soumises par la conquête arabo-musulmane dans un cadre d'authenticité prophétique.

Je vais aborder la Sunna par le biais de son élaboration à l'intérieur d'un espace composite et d'une temporalité longue, et dans cette double dimension de rapport au Prophète et de constitution d'un corpus normatif. Ainsi, je m'intéresserai à la science musulmane de la Tradition, à son histoire, à ses techniques, à ses tendances. Je tâcherai ensuite d'analyser les liens de la Sunna avec la doctrine (*fiqh*), de même que ceux que la science des fondements de la Loi établit entre elle et le Coran. Il sera enfin question des usages de la Tradition aujourd'hui, que ce soit dans la construction d'une authenticité musulmane ou dans le monde judiciaire.

Etablir une hiérarchie communautaire et un corpus normatif

La constitution de la Sunna est l'aboutissement d'un processus de longue durée, contrairement au texte coranique qui était fixé dès la fin du 7e siècle. Cette source normative majeure ne commence à être compilée qu'aux alentours de 720, avec le calife omeyyade 'Umar b. 'Abd al-'Aziz (Omar II, m. 719), et culmine avec les deux *Sahih* de Bukhari (m. 870) et Muslim (m. 875). Cela correspond au moment où les termes distinguant Arabes et conquis se figèrent et où « les morceaux narratifs, discursifs qui circulaient, à propos de Muhammad et de son entourage, ou à propos du Prophète parmi les autres prophètes de l'Histoire abrahamique, commencèrent à prendre forme »[43].

Deux éléments majeurs doivent être pris en considération pour bien saisir la dynamique d'élaboration de la Tradition. Le premier est un fait d'autorité : l'intérêt pour la geste du Prophète procédait de l'idée que l'autorité d'un homme provient de sa proximité avec le fondateur, Mohamed. Le second est un fait de norme : la constitution d'un corpus de normes propres à la communauté musulmane nécessitait de donner aux régulations propres aux différents lieux du territoire conquis la légitimité d'un rattachement à l'exemplarité du fondateur. Il revient à Christian Décobert d'avoir exposé ce double mécanisme de la dynamique traditionniste, qui permet de voir comment la « révolution » islamique a procédé en une élaboration originale à partir de strates sous-jacentes, sur-jacentes ou adjacentes multiples[44].

La question de l'établissement d'une nouvelle hiérarchie sociale apparaît très vite dans l'histoire musulmane telle qu'elle nous est rapportée. Cette hiérarchie opère par voie de proximité au Prophète. Au sommet, on trouve les compagnons de la première heure, qui ont

[43] Christian Décobert, *Le mendiant et le combattant. L'institution de l'islam*, Paris, Seuil, 1991, p.42.
[44] Décobert, *op.cit.*, p.47.

suivi Mohamed de La Mecque à Médine ; ce sont les Emigrants (*muhajirun*). Viennent ensuite les compagnons qui se sont ralliés au Prophète après son émigration ; ce sont les Auxiliaires (*ansar*). A ceux-là sont venus se greffer tous ceux qui firent allégeance ultérieurement, en tête desquels les élites sédentaires et, particulièrement, mecquoises, qui étaient toutes organisées de manière organique en tribus et lignages. Ensuite, avec la conquête des armées arabo-musulmanes, la communauté musulmane s'élargit, et l'on vit se constituer à la fois une aristocratie, fondée sur l'appartenance ethnique et la fonction statutaire, et une nouvelle classe d'autochtones, clients (*mawali*) convertis à l'islam des Arabes conquérants. Dans ce vaste mouvement d'institution de l'islam, l'affirmation généalogique acquit une saillance particulière. Peu importe que les généalogies s'avèrent vraies ou inventées, la prétention à un rattachement à un ancêtre commun est un fait lié à l'expansion de l'islam qui correspondait à des besoins d'affirmation et de démarcation identitaires aussi bien que de légitimation d'une autorité à établir la norme.

La Tradition prophétique est en réalité la principale source de normativité en contexte musulman. C'est elle qui vient compléter le caractère relativement laconique du texte coranique. C'est elle qui permet aux us et coutumes locaux d'être passés au crible de l'enseignement islamique, intégrant de la sorte la multitude des apports des territoires conquis tout en en évitant les effets centrifuges. Peu importe, en fin de compte, que le modèle prophétique de comportement soit le fruit d'une construction postérieure de type hagiographique – il l'est certainement, ce qui n'exclut pas non plus la percolation à travers le temps d'une façon d'être spécifique à Mohamed – le fait est que cette exemplarité servit de matrice à l'élaboration de la Loi, par l'intermédiaire du savant ès islam, le *'alim* (pluriel : *'ulama*, les oulémas). « Ainsi, le temps du Prophète ne fut plus le temps lointain d'une origine, mais le temps présent d'un fondement »[45]. Le passage à la norme a opéré par filtrage, dans un mouvement menant du local à l'universel par le truchement du savant et de sa connaissance des faits et gestes attribués au Prophète et, partant, de l'environnement arabique de la prédication.

La science des hadith

La Sunna du Prophète correspond à l'ensemble des traditions orales (*hadith*) remontant à un témoin de la vie de Mohamed. Le *hadith* est donc une information concernant la façon de vivre de Mohamed, de ses compagnons et même des premières générations de musulmans. Il fait l'objet d'une science (*'ilm al-hadith*) s'occupant de sa collecte, de la critique de son authenticité et de l'étude de son contenu. La tendance consistant à conférer un poids particulier au souvenir de l'époque de la prédication a pris son origine à Médine. L'intérêt pour le *hadith* n'était pas particulièrement cantonné à son potentiel normatif, du moins à l'origine. Il s'agissait davantage d'éclairer les circonstances de la révélation et de fournir quelques clés interprétatives à la compréhension du Coran. C'est vers la moitié du deuxième siècle de l'Hégire (*circa* 750) que la science de la tradition prit son essor. Pour les traditionnistes, il apparaissait que seul le recours à la Sunna du Prophète pouvait constituer une voie acceptable à la résolution d'une question non abordée dans le Coran. Dans le domaine de la normativité, la situation se polarisa progressivement, entre les tenants de l'usage du raisonnement et ceux de la tradition. Je reviendrai sur cette évolution au chapitre suivant, quand il sera question de la formation des écoles doctrinales.

Le mécanisme général du *hadith* est celui de la perpétuation d'un souvenir par le biais d'une chaîne de transmission faisant remonter au témoin d'une occurrence du Prophète ou contemporaine à lui. Le *hadith* est composé de deux parties essentielles, son corps (*matn*) et

---

[45] Décobert, *op.cit.*, p.306.

son appui (*isnad*). Le corps du *hadith* consiste en un court récit relatant un fait, geste ou dire de Mohamed ou d'un de ses compagnons. L'appui du *hadith* est le moyen par lequel il est identifié ; il consiste en sa chaîne de transmission (*silsila*), c'est-à-dire la liste de ses transmetteurs successifs. Le principe était celui d'une transmission orale et rattachée à un témoin direct. La consignation par écrit était supplétive, comme peut l'être un aide-mémoire. Avec le temps, le corpus des traditions prit une dimension considérable. Le grand traditionniste Bukhari dénombra 7200 traditions authentiques.

Le phénomène de multiplication des traditions s'explique empiriquement, par le besoin qui se fit sentir de trouver des réponses « islamiquement correctes » à des questions nouvelles. Mohamed devint ainsi le véhicule de légitimation de toutes sortes de solutions apportées à des problèmes ne pouvant s'être posés que bien après sa mort. Les causes de cette inflation sont diverses et au moins de trois types. On peut observer l'existence de causes politiques, tenant essentiellement à la contestation du califat omeyyade de Damas aussi bien par les tenants de la Hachimiyya, à savoir les partisans de l'élection et de l'excellence par l'appartenance au lignage du Prophète, que par un certain nombre de ralliés non arabes, pour qui l'objectif consistait davantage à mettre fin au système d'exploitation des populations soumises aux vainqueurs arabes. Il y a aussi des causes d'ordre dogmatique, quand il s'agissait de faire tenir au Prophète des propos condamnant, dans une controverse, la partie adverse. Il y a enfin des causes tenant à l'émergence de la Tradition comme source première de la normativité, par opposition aux écoles locales qui favorisaient le raisonnement. Nombre de *hadith* furent inventés par des jurisconsultes pour soutenir des thèses contraires à celles tenues par les traditionnistes. Inversement, des traditionnistes n'hésitèrent pas à attribuer à Mohamed des propos venant consacrer une opinion faisant consensus. De tout cela, il résultat une inflation de *hadith*, dont une bonne partie d'apocryphes difficiles à distinguer des authentiques, pouvant présenter des contradictions entre eux. Les réactions furent multiples, allant de la formulation d'un « méta-*hadith* », affirmant que tout ce qui circule au nom de Mohamed est bien de lui, à la mise en circulation de *hadith* destinés à stigmatiser les faussaires, en passant par l'attitude ironique regardant l'efflorescence du *hadith* avec une bonne dose de mépris.

La mise en place d'une méthode de critique interne fut entreprise par plusieurs maîtres ès traditions. On peut parler de processus d'épuration. Longtemps, le seul critère d'acceptation du *hadith* était sa conformité à l'opinion généralement admise. Il s'avéra cependant que cela ne suffisait pas à résoudre le problème des traditions contradictoires. Un autre risque venait de ce que, pour accréditer une tradition, on l'associait au nom et à l'autorité d'une personne en vue. Il fallait de ce fait s'interroger sur la généalogie du *hadith*, c'est-à-dire sur la chaîne de transmission permettant de remonter à cette personne. C'est donc la chaîne de transmission du *hadith* qui faisait l'objet d'un examen critique, et sa solidité conditionnait directement l'authenticité et, partant, la validité du contenu de la tradition. Il s'agissait d'examiner tous les maillons de cette chaîne pour voir si chacun des transmetteurs jouissait d'une moralité irréprochable, faisait montre d'une orthodoxie sans faille et était connu pour la qualité de sa mémoire. Il fallait, en outre, enquêter sur la liaison des maillons (par exemple, est-il historiquement possible qu'une telle personne ait reçu cette tradition de telle autre personne ?) et sur les transmetteurs inconnus. Il fut de la sorte possible de filtrer vigoureusement le corpus de la Tradition en déclarant faux ou faibles nombre de *hadith*.

Plusieurs classifications des *hadith* furent établies, selon l'origine de la tradition rapportée, sa notoriété ou la fiabilité de la chaîne de transmission. Le premier système distingue les *hadith* émanant du Prophète qui se fait l'interprète de la volonté divine (*qudsi*), les *hadith* rapportant une action ou une parole du Prophète (*marfu'*), les *hadith* correspondant au récit d'un compagnon du Prophète (*mawquf*) et les *hadith* provenant de successeurs des compagnons

(*maqtu'*). Le deuxième système est utilisé dans l'école doctrinale hanafite. Il consiste à n'accepter comme *hadith* que celui qui a été transmis par plusieurs chaînes fiables dans un espace géographique déterminé. Le troisième système – le plus utilisé – organise les *hadith* en fonction de leur degré de recevabilité. En tête de liste apparaissent les *hadith* authentiques (*sahih*), qui sont rapportés avec une chaîne ininterrompue et incontestable de témoins. Viennent ensuite les *hadith* bons (*hasan*), dont la transmission est fiable sans être parfaite, et les *hadith* faibles (*da'if*), dont la chaîne de transmission est fragile. Enfin, certains *hadith* sont considérés comme forgés (*mawdu'*), quand la chaîne est très incomplète ou qu'une personne réputée menteuse s'y est insérée.

La mise en place de cette méthode de critique interne des *hadith* ne résolut cependant pas tous les problèmes nés de l'inflation du corpus et, entre autre, n'empêcha pas la concurrence de traditions à la fois authentiques et contradictoires. Des tentatives d'harmonisation de la Tradition furent menées. La technique de l'abrogation (*naskh*), sur laquelle je reviendrai plus loin, fut d'un certain secours. Elle permettait de considérer qu'une tradition se rapportant à une période plus ancienne de la vie du Prophète était abrogée par une tradition se rapportant à une période plus récente. Ainsi, un travail de mise en cohérence en fonction du contenu et des circonstances du *hadith* fut-il possible. Ceci ne préjuge naturellement pas de ce que la critique et l'herméneutique modernes permettent de dire de la Tradition et de son mode de collecte. On se doit de relever le caractère tardif d'une compilation qui, fondée sur la transmission orale, ne peut que poser des difficultés quant à une attestation historique.

On trouve les premières traces d'utilisation, avant tout religieuse, de *hadith* aux alentours de la fin du premier siècle de l'Hégire. Il faut attendre la fin du troisième siècle pour qu'apparaissent les recueils et compilations à prétention systématique. Certains de ces recueils classent les traditions en fonction de la crédibilité de leur chaîne de transmission : ce sont les *musnad* (terme dérivé du mot *isnad*, c'est-à-dire l'appui généalogique du *hadith*). Cette organisation permet l'examen de la personne et de la fiabilité des transmetteurs. D'autres recueils visent en revanche à classer les traditions suivant leur contenu, de manière thématique : ce sont les *musannaf* (du terme *sanaf*, qui signifie division). Ces recueils embrassent l'ensemble des domaines de la tradition et posent les bases à un usage des *hadith* à des fins rituelles, dogmatiques et normatives. Dans le contexte de leur production, ces recueils visaient aussi à démontrer la capacité de la Tradition à répondre à l'ensemble des questions qui se posaient aux jurisconsultes. Le premier *musannaf* est celui de Bukhari (m. 870). Sous le titre de *Sahih* (ce qui veut dire le vrai, l'authentique), il se présente comme une compilation organisée et raisonnée des principaux enseignements de la Tradition. Il reproduit le texte des *hadith* et opère un tri sévère de ceux-ci, n'hésitant pas à laisser en blanc les maillons manquants. Tout aussi connu est le *Sahih* de Muslim (m. 875), qui offre une organisation logique des traditions réputées authentiques. Les deux *Sahih* de Bukhari et Muslim incarnent une sorte de perfection de la science du *hadith*. C'est à eux, principalement, que la Sunna doit d'être une source majeure de la normativité islamique, voire, *de facto*, la plus importante. Il existe d'autre recueils de *hadith*, généralement appelés *Sunan* (pluriel du terme *sunna*, qui signifie tradition), parmi lesquels ceux d'Ibn Maja (m. 887), Abu Dawud (m. 889), Tirmidhi (m. 893) et Nasa'i (m. 916).

La place de la Tradition dans la doctrine et la science de ses fondements

L'émergence de la Tradition prophétique a procédé de la volonté de constituer une doctrine normative dans un moule unique marqué du sceau de l'enseignement divin et de la figure prophétique. Elle s'est imposée contre les forces centrifuges nées de l'intégration sous l'autorité d'un pouvoir politique musulman, par effet de sa généalogie arabe, de territoires devenus musulmans, par effet de conquête. L'expansion musulmane s'est accompagnée d'un besoin de

réguler et de systématiser les règles régissant doctrinalement les populations et les terres sous domination islamique (*dar al-islam*). Ainsi apparurent les premiers regroupements ou écoles doctrinales à Kufa et Bassora, dans l'actuel Irak, ou à La Mecque et Médine, en Arabie, de même qu'en Syrie. On reviendra au chapitre suivant sur l'histoire de ces mouvements doctrinaux, mais il importe pour l'instant de remarquer que leur légitimité fut construite par le rattachement à un compagnon du Prophète, Ibn Mas'ud pour Kufa, Ibn 'Abbas pour La Mecque, 'Umar et 'Abd Allah b. 'Umar pour Médine. « Chaque ancienne école…, ayant fait remonter sa doctrine à son propre éponyme, un compagnon local du Prophète, proclama son autorité sur la base de son enseignement »[46]. Le mouvement traditionniste se situe dans le prolongement de ces écoles, mais aussi en opposition à elles. Dans leur prolongement, en ce sens qu'il s'inscrivait aussi en réaction contre le califat omeyyade et son mode « séculier » d'exercice du pouvoir. En opposition, parce qu'il s'agissait de substituer aux traditions locales rattachées à des Compagnons les traditions formelles remontant au Prophète.

Les traditionnistes s'implantèrent dans la plupart des cités de l'islam. Ils s'opposaient vigoureusement à toute idée de raisonnement et d'opinion dans la définition de la doctrine normative. Il s'agissait, pour eux, de faire passer cette dernière au crible de principes religieux et moraux qu'ils circonscrivaient aux actions et paroles de Mohamed. Le procédé s'imposa comme un argument d'autorité : comment en effet eut-il été envisageable de contredire un enseignement remontant au Prophète ? Dans la pratique, les écoles doctrinales assimilèrent la Tradition et parèrent leurs thèses du manteau de celle-ci. Sous la pression des traditionnistes, il y eut des évolutions doctrinales, mais sans doute pas avec l'ampleur souhaitée par les plus fermes zélateurs de la Sunna. L'effet principal concerna davantage la période postérieure, quand l'élaboration doctrinale eut à se justifier systématiquement de sa conformité avec la Tradition canonisée. Cette évolution fut consacrée dans la science des fondements de la connaissance de la Loi (*'ilm usul al-fiqh*), développée au troisième siècle de l'Hégire (IXème siècle) à la suite de Chafi'i (m. 820). En principe, celui-ci n'admettait que le raisonnement analogique, rien ne pouvant surpasser l'autorité d'une tradition prophétique.

La Sunna du Prophète devint sinon la source hiérarchiquement première, du moins la source pratiquement majeure de la doctrine normative, dans un mouvement à la fois restrictif et extensif. Restrictif, parce qu'il aboutissait à ne reconnaître que les *hadith* formellement attribuées au Prophète, à l'exclusion des traditions provenant de Compagnons et, a fortiori, d'autres personnes ; et aussi parce que cela imposait au raisonnement doctrinal une direction rétrospective et circonscrite à un corpus certes volumineux, mais néanmoins déterminé. Extensif, parce que cela conduisait à élever la Tradition au rang de corpus principal de l'élaboration doctrinale. Chafi'i établit entre autre la nature des relations unissant le Coran et la Tradition. Il établit le postulat que le Coran n'est jamais en contradiction avec la Tradition du Prophète. Il n'est donc pas possible d'invalider une disposition de la Sunna à partir d'un verset coranique. Les deux corpus sont distincts et leurs éventuelles contradictions doivent être réglées distinctement. Recourant au principe de l'abrogeant (*nasikh*) et de l'abrogé (*mansukh*), Chafi'i établit que la Sunna ne peut qu'interpréter le Coran et non le contredire, ce qui implique que seule une disposition coranique peut abroger une autre disposition coranique. Mais comme il doit être lu à la lumière de la Sunna, le Coran ne peut pas non plus contredire cette dernière : il existe nécessairement une disposition de la Sunna venant abroger celle qui semblerait être contraire à une règle coranique. Ainsi la primauté du Coran se trouve-t-elle cantonnée à une question de hiérarchie formelle. Dans la pratique, c'est bien dans la Tradition que la doctrine normative islamique trouve l'essentiel de son inspiration. C'est l'exemplarité prophétique qui

[46] Joseph Schacht, *Introduction au droit musulman*, Paris, Maisonneuve & Larose, 1983, p.38.

est devenue prépondérante, le texte coranique fonctionnant plus comme le cautionnement de la doctrine que comme sa source première.

Tradition, authenticité et autorité

La question des usages de la Tradition déborde largement les usages que la doctrine jurisprudentielle, le *fiqh*, a pu en avoir. Jusqu'à un certain point, le dédoublement de la normativité islamique en un droit musulman, d'une part, et en une déontologie islamique, de l'autre, accentue de nos jours la tendance à recourir à la Sunna afin de fonder, légitimer ou cautionner un mode de vie, une vision éthique du monde, une façon d'être et de s'engager dans le quotidien. La Tradition du Prophète devient ainsi le support d'une idéalisation du passé et la vie de Mohamed, un modèle de conduite. Quant à la référence même à la Sunna et aux *hadith*, elle prend la forme d'un argument d'autorité.

A travers la retranscription d'une discussion à laquelle il participait, en 2007, Cédric Baylocq nous donne une illustration vivante de ces trois usages de la Tradition. Il s'agit d'un échange à six voix, dans un appartement de Bordeaux, dans lequel il est question d'un imam, de charia et de *hadith*. Au sujet de ces derniers, l'un des protagonistes, Amine, évoque le chiffre de 200.000 hadiths dans lesquels il faut pêcher, outre le Coran, pour savoir ce qu'il convient de faire. A défaut de trouver la solution parmi ces sources-là, poursuit-il, il faut se tourner vers des savants en science religieuse (*'ulama*). Mais qui donc détient cette autorité ? Il semblerait, à le suivre, que celui qui connaît la religion, c'est celui qui connaît par cœur un maximum de *hadith*. Ainsi nous donne-t-il l'exemple du cheikh al-Albani (m. 1999), célèbre savant de tendance salafiste, qui en aurait connu 150.000. Au-delà des chiffres, naturellement farfelus, c'est l'idée même de la mémorisation d'un nombre immense de traditions attribuées au Prophète qui importe : l'autorité se gagne par la capacité à alligner des citations. Autrement dit, la source scripturaire que constitue la Sunna est tenue pour évidente, au même titre que le Coran d'ailleurs, et l'argument qui y recourt tient sa seule force du caractère inquestionnable de la source.

On observe ici l'action d'un double mécanisme discursif, mais aussi plus largement social, extrêmement puissant. Un mécanisme de solidarité sans consensus, tout d'abord, en vertu duquel il est de bon ton d'user d'un certain type de rhétorique – celle de la Sunna dans notre cas – même si c'est pour investir ce répertoire de significations contrastées, voire contradictoires. Ainsi, la même prescription relative au jeûne du mois de Ramadan peut être considérée comme pertinente par tous, mais investie d'un sens contraignant par les uns et incitatif par les autres. Ensuite, un mécanisme de solidarité négative, par lequel un contexte de contrainte sociale agit de telle sorte qu'il est impossible de s'en dédire et de prétendre investire un autre répertoire argumentatif. C'est ce qui se passe quand, par exemple, dans un entretien que j'ai eu au Caire dans les années quatre-ving-dix, un avocat égyptien me dit que la question n'est pas tant le contenu d'une règle que le registre auquel elle renvoie : « Si tu évoques un *hadith* à quelqu'un, il te dira : que Dieu le bénisse et lui donne la paix !, manifestant par là qu'il sait que c'est une parole du Prophète et qu'il l'a entendue mille fois prononcée du haut de la chaire de vérité (*minbar*). Si je convertis les valeurs humainement acceptables en valeurs culturellement acceptables, je leur garantis une meilleure compréhension, une meilleure application, et aussi d'être jugées contraignantes par les gens. Si les gens sentent que c'est leur loi et leur religion, ils s'y conformeront »[47].

[47] Baudouin Dupret, *Au nom de quel droit. Répertoires juridiques et référence religieuse dans la société égyptienne musulmane contemporaine*, Paris, Maison des sciences de l'homme, 2000.

La Tradition offre également un modèle de conduite à ceux qui cherchent leur inspiration dans l'exemplarité prophétique. C'est le propre de tout mouvement revivaliste que d'appeler à retrouver l'âge d'or par la reproduction des pratiques supposées en vigueur « à l'époque ». Le corpus de la Sunna s'offre particulièrement bien à cet exercice, dans tous les domaines de la vie, aussi bien intime que publique : vêtement, hygiène, sexualité, éducation, politesse, rituel, sagesse, psychologie. C'est tout un système moral fondé sur une rectitude de la pratique, une déontologie appuyée sur une orthopraxie, laquelle repose intégralement sur l'imitation des pieux ancêtres, en tête desquels le Prophète lui-même. L'argument d'autorité – « c'est indiscutable parce que cela émane de l'Envoyé de Dieu » – est ainsi redoublé par un argument d'identité – « c'est juste parce que cela est identique à ce que faisait le Prophète ». Dans cette démarche, le croyant n'a pas à comprendre les complexités de la Loi ou de l'Enseignement divin ; il lui suffit d'adopter une procédure, une manière de faire ou d'être, qui garantit à elle seule son adéquation au monde et à sa moralité islamique. Dans la discussion évoquée plus haut, c'est bien de cela dont il s'agit quand Omar, contre un interlocuteur qui propose l'interprétation d'une prescription par sa finalité, invoque un *hadith* authentique qui maudit les sept catégories de personnes participant à la production, commercialisation et consommation d'alcool : « tu ne peux pas, sous prétexte qu'il n'y aura pas d'effets, acheter de l'alcool et le transporter ».

Ce réenchantement du monde par un retour à l'âge d'or procède forcément d'une idéalisation où les méthodes critiques ne jouent que peu ou pas de rôle. L'autorité ne fonctionne pas sur un mode herméneutique, c'est-à-dire dans la capacité à interpréter le corpus de la Tradition dans une perspective évolutive et dynamique, mais sur un mode mémoriel, dans l'aptitude à accumuler un savoir qui détermine statiquement le plus petit détail d'un monde établi. Dans la discussion, Omar dit, à propos de la charia en général : « donc à partir de là, tu ne peux pas la percevoir comme une loi profane… Ce n'est pas une loi qui avance. C'est une Loi surpuissante, elle est faite par le divin pour l'humain et elle est adaptable pour tous les temps parce que justement, Celui qui l'a faite n'est pas limité dans Sa pensée puisqu'Il est l'Omniscient et l'Omnipotent ». Et un peu plus loin, d'ajouter : « la charia a deux sources officielles inchangées pour le reste des temps et dans lesquelles on trouve justement… la faculté à s'adapter à tous les temps et pour tous les temps ». Et encore : « ce n'est pas à la charia de s'adapter, c'est au musulman de comprendre la charia et de s'adapter ». Il me semble ainsi que, dans le processus d'invention de la Tradition, le plus important tient à l'idéalisation de celle-ci à des fins normatives. C'est le propre de toute tradition que d'être le résultat d'une écriture rétrospective visant à en établir le maître-document, celui qui fait foi et dont découle toute autorité. Ce faisant, la version autorisée d'une façon de faire ancrée dans un passé fondateur se trouve sortie de l'histoire et idéalisée en sorte de prescrire les normes de comportement d'un monde quotidien qui, lui, est irrémédiablement situé dans l'histoire et donc contingent.

Usages juridiques contemporains de la Sunna

A côté donc de la Sunna érigée en modèle d'orthopraxie, on en observe un usage la tirant vers le droit. Cette évolution, prise au niveau de la charia dans sa globalité, sera l'objet d'un chapitre ultérieur. Je voudrais toutefois évoquer une affaire égyptienne permettant dès à présent d'illustrer cette tendance à la judiciarisation de la Tradition du Prophète.

L'excision a fait l'objet en Egypte, en juillet 1996, d'un arrêté du ministre de la Santé stipulant que « la pratique de l'opération d'excision des filles est interdite, que ce soit dans les hôpitaux ou dans les cliniques publiques ou privées, sauf dans les cas pathologiques décidés par le directeur du département de gynécologie et obstétrique et sur proposition du médecin traitant » ; et aussi que « la pratique de cette opération par des non-médecins est un crime puni

conformément aux lois et règlements ». L'arrêté, qui prohibait l'excision dans les hôpitaux et reproduisait une interdiction antérieure faite aux non-médecins, ne constituait qu'une nouvelle mesure dans l'histoire déjà longue et infructueuse des campagnes contre cette pratique. Le décret du ministre suscita toutefois un débat relativement passionné dans une société où la pratique de l'excision est encore très répandue. De la même façon que dans l'affaire Abu Zayd, évoquée au chapitre précédent, et bien qu'aucun individu ne fut l'objet désigné de l'action, ce fut un groupe de personnes qui introduisit la requête devant le tribunal administratif du Caire, par laquelle ils demandaient que l'arrêté du ministre soit suspendu et annulé. Pour justifier leur requête, ils invoquèrent plusieurs arguments : la contravention de l'arrêté à l'article de la Constitution faisant des principes de la charia islamique la source principale de la législation ; l'accord des jurisconsultes (*fuqaha'*, pluriel de *faqih*) sur la légitimité de l'excision comme tradition prophétique – jurisconsultes qui ne discutent que de son caractère obligatoire (*wajib*) ou recommandé (*mandub*) ; l'impossibilité faite au gouvernant de revenir sur une disposition coranique ou sur une règle obligatoire ou recommandée en droit musulman. Dans son jugement de juin 1996, le tribunal administratif, après avoir discuté de la question de l'excision au regard du droit musulman et en s'appuyant sur un avis consultatif (*fatwa*), trancha en faveur des requérants.

Le ministre de la Santé fit appel contre cette décision devant la Haute Cour administrative, qui rendit son jugement en décembre 1997. Les requérants y réitérèrent leur argument : « Les jurisconsultes sont unanimes quant à la conformité à la charia de l'excision des femmes, dès lors qu'ils ne divergent que sur son statut obligatoire ou recommandé et sur cela seulement ; on ne rapporte aucun jurisconsulte qui aurait nié cette Tradition (*sunna*) ou l'aurait considérée nulle ou douteuse ; ceci conduit à conclure que l'excision des femmes n'appartient pas aux coutumes, mais appartient au contraire au rituel de l'islam. Dire que l'opération n'est pas islamique et clamer sa nature pharaonique ou africaine revient à calomnier l'islam, de même que dire que c'est contraire aux droits de l'homme revient à accuser l'islam de s'opposer à l'homme et à nier la sagesse de ce que Dieu, dans Sa perfection, a stipulé. Le vrai Législateur a pris en considération la nature des femmes à l'occasion de l'excision en établissant des degrés, au point d'en dispenser celle qui n'en a pas besoin. »

Le jugement de la Cour s'organise autour de plusieurs questions, dont celle de l'étendue du pouvoir du ministre à interdire des coutumes justifiées par la charia et, entre autre, la Tradition prophétique. En la matière, la Haute Cour administrative suivit la distinction opérée par la Cour constitutionnelle entre les principes de la charia n'autorisant aucune interprétation et ceux laissant la porte ouverte au raisonnement. En l'absence de toute règle absolue, dit la Cour en substance, le législateur est autorisé et même tenu d'exercer son raisonnement interprétatif (*ijtihad*) en fonction des conditions de temps et de lieu. S'agissant de l'excision, la question est alors de savoir de quelle nature sont les règles la prescrivant. La Cour souligne ici l'absence d'unanimité des jurisconsultes et le caractère faible des traditions invoquées. Pour elle, il ne peut donc s'agir d'une règle absolue et l'intervention du législateur est de ce point de vue parfaitement légitime. La Cour ajoute que les articles du Code pénal de 1937, qui précisent que les dispositions du code n'affectent pas les droits fondés sur la charia ou invoquant celle-ci, ne trouvent pas à s'appliquer pour l'excision, dès lors qu'elle ne constitue pas en droit musulman une obligation, qu'elle soit absolue (*fard*) ou relative (*wajib*). Au contraire, en vertu de l'adage islamique « ni préjudice ni contre-préjudice », qui veut qu'un tort ne puisse être réparé par la réalisation d'un tort plus important, la Cour conclut en disant que l'excision est une pratique proscrite aussi bien par la charia que par le droit positif. Voici son propos essentiel : « Attendu qu'il est médicalement établi, aussi bien en gynécologie qu'en obstétrique, que l'appareil reproducteur de la femme n'est pas, en l'état dans lequel le Dieu Très-Haut l'a créé, malade, pas plus qu'il n'est cause de maladie ou ne cause de douleur d'un genre quelconque qui

conduirait à intervenir chirurgicalement. Dès lors, porter atteinte à cet appareil naturel est une question en tout point sensible. L'excision ne constitue pas, au sens exact de la règle légale, la thérapie d'une maladie, le remède à une affection, l'allègement d'une souffrance réelle ou l'empêchement d'une souffrance à venir, toutes choses qui autoriseraient l'intervention chirurgicale. On considère cette intervention, quand elle ne répond pas à un impératif de santé ou à un but de thérapie contre une affection congénitale ou une situation pathologique, comme un acte illégal, dès lors que lui fait défaut une des conditions de justification des actes médicaux sur lesquelles se fonde le droit du médecin ou du chirurgien à soigner le malade. »

On voit ainsi comment la Tradition du Prophète parvient à s'immiscer dans les débats judiciaires contemporains. Son caractère contrasté, pluriel, parfois contradictoire fait qu'elle ne parvient pas à s'imposer de manière univoque. Elle s'est transformée en source matérielle du droit contemporain, mais sa nature composite la rend très perméable à des usages d'ordre moral et politique, voire idéologique.

CHAPITRE 4

L'ACCES A LA LOI DIVINE : LE CONSENSUS ET LE RAISONNEMENT

La théorie des fondements de la connaissance de la Loi présente généralement deux sources complémentaires au Coran et à la Sunna, à savoir le consensus (*ijma'*) et l'analogie (*qiyas*). Le statut de ces deux sources subsidiaires est très différent des deux premières : à côté de deux sources matérielles, les savants ont distingué une autorité compétente et une procédure de raisonnement. Il n'est dès lors pas étonnant que la réalité normative qu'elles recouvrent ait été l'objet de débats acharnés. C'est à travers ces débats, dans la volonté affichée de jurisconsultes de produire un système normatif conforme aux sources scripturaires, que la doctrine s'est constituée en un remarquable corpus connu sous le nom de *fiqh*. L'essentiel de ce que l'on appelle aujourd'hui droit musulman ou charia trouve ses origines dans cette doctrine jurisprudentielle. Celle-ci s'est développée dans l'effervescence des centres urbains de l'islam naissant, sur fond de coutumes locales, d'usage du raisonnement individuel, de tension avec la Tradition prophétique et d'émergence de spécialistes, les *fuqaha* (pluriel de *faqih*). Ses principes sont à la base de la consultation jurisprudentielle (*fatwa*), voire du jugement judiciaire (*qada*).

Le développement d'écoles doctrinales

Assez rapidement dans l'histoire de l'islam, des hommes furent amenés, en raison de leur généalogie et de l'autorité de leur conduite, à exprimer leur opinion (*ra'y*) quant aux règles à suivre, sur la base de se qui se pratiquait localement et, progressivement, après un examen de conformité à la normativité coranique. Il s'agissait de procéder par analogie avec des règles du Livre, de manière sans doute rudimentaire au début, en recourant entre autres choses à des maximes[48]. Il s'agissait aussi de recourir aux coutumes locales, dans la mesure au moins où elles ne contredisaient pas ouvertement les principes du Coran et de la Sunna naissante.

C'est dans les principales cités de l'empire arabe qu'apparurent ces figures emblématiques, auxquels se rattachèrent ultérieurement des disciples qui formèrent, petit à petit, des écoles doctrinales (*madhhab*, plur. *madhahib*). Celles-ci furent tout d'abord régionales et fragmentées. C'est en réaction contre cette disparité qu'Ibn al-Muqaffa' (m. 756), l'auteur des célèbres fables de Kalila et Dimna, proposa une compilation de règles présentant les avantages de l'homogénéité – les mêmes pour tous – et de l'évolutivité – l'autorité politique étant en mesure de les amender. Il constatait qu'« il n'y a pas une école qui n'ait la vanité de croire (à la supériorité) de sa doctrine et ne dédaigne toutes les autres ». Il ajoutait que le juge baptise du nom de Tradition « des dispositions qui n'en sont point (…) En se fondant sur l'opinion personnelle, il est conduit, par attachement à la sienne propre, à émettre, à propos d'une grave affaire concernant les musulmans, un point de vue qui n'est partagé par aucun de ses coreligionnaires ». Enfin, il remarquait qu'en cas de divergences, « il faudra rechercher lequel de ces groupes est le plus digne de confiance et laquelle de ces interprétations est la plus proche de la justice »[49]. Ainsi, au milieu du 8e siècle, il était possible d'établir le constat, en matière de normativité, que les divergences étaient nombreuses, qu'il existait des tendances doctrinales opposées, qu'il était des juges pour appeler Sunna leurs opinions personnelles et qu'il fallait œuvrer à la recherche de solutions soucieuses de justice.

---

[48] Par exemple, celle qui énonce que « l'enfant appartient au lit conjugal », par quoi l'on signifie que la filiation s'établit par le rattachement à des parents formant un couple marié.
[49] Traduction de Ch. Pellat.

Progressivement donc, les spécialistes de la doctrine juridique se regroupèrent en écoles, à Médine, La Mecque, Kufa, Bassora ou en Syrie. Ce qui les distinguait les unes des autres, c'était avant tout des facteurs géographiques et sociaux, de même que la variété des coutumes et habitudes locales. L'Irak fut le centre des premiers efforts de systématisation d'une normativité proprement islamique, qui prenait en compte les règles coraniques, mais aussi reconnaissait l'autorité des pratiques locales et l'importance de l'opinion des savants, surtout quand elle faisait consensus. Le mécanisme consista souvent à valider une pratique normative par le recours à une opinion doctrinale attribuée à un grand personnage antérieur, lui-même relié à un compagnon du Prophète : Ibn Mas'ud à Kufa, Ibn 'Abbas à La Mecque, 'Umar et son fils 'Abdallah, à Médine. Ainsi fut mis en place le processus de rétroprojection d'une pratique vivante dans le passé prophétique.

On l'a vu au chapitre précédent, la science de la Tradition se développa largement en opposition à l'idée de coutume locale et de raisonnement individuel. Pour les traditionnistes, les *hadith* remontant au Prophète doivent remplacer la coutume. D'un point de vue doctrinal, le mouvement traditionniste l'emporta : il ne fut bientôt plus possible de s'opposer aux *hadith*, mais seulement d'éventuellement les interpréter ou d'y rattacher la coutume locale. Cela ne signifia pas pour autant la disparition des écoles, qui, tout en prêtant hommage aux principes défendus par les traditionnistes, n'en continuèrent pas moins à développer leur doctrine. Le recours au raisonnement se perpétua, sous la forme de l'analogie avec une institution ou une décision existante (*qiyas*) ou sous celle d'une orientation vers une certaine conception de ce qui est convenable (*istihsan*). L'usage du raisonnement est connu sous le terme d'*ijtihad* et celui qui s'y adonne est dénommé *mujtahid*. Vers la moitié du deuxième siècle de l'Hégire commença la « période littéraire » des écoles, c'est-à-dire la consignation par écrit de leurs élaborations doctrinales dont on peut, à partir de ce moment, suivre précisément les évolutions. La pensée eut tendance à devenir de plus en plus élaborée, à recourir toujours davantage à la Tradition et à mêler les dimensions logiques, éthiques et religieuses. Le processus culmina avec le jurisconsulte Muhammad al-Chafi'i (m. 820).

Joseph Schacht esquisse une ligne générale de cette évolution, que l'on peut résumer utilement. Les premiers temps, identifiés à un jurisconsulte tel qu'Awza'i (m. 774) furent ceux d'une logique rudimentaire qui s'appuyait sur la coutume vivante assimilée à la Tradition du Prophète. Avec Malik (m. 795), on observe la permanence de la coutume vivante, doublée du consensus des savants et d'un raisonnement inspiré par les conditions matérielles et les nécessités pratiques du temps. Ibn Abi Layla (m. 765) marque un tournant dans son effort de production d'une cohésion logique fondée sur le recours à des principes généraux et encadrée par un certain formalisme, malgré tout empreint de pragmatisme. On observe avec Abu Hanifa (m. 767) une évolution marquée de la pensée juridique, mais aussi un dédain pour la pratique et ses contraintes. Abu Yusuf (m. 798) prolonge la pensée d'Abu Hanifa, tout en l'assouplissant, en même temps que le recours à la Tradition s'accentue. Avec Chaybani (m. 805), enfin, l'école irakienne atteint son apogée, dans un équilibre entre la Tradition et l'insistance sur le raisonnement logique, analogique et systématique[50].

Le consensus comme source de normativité

Dès la période de formation des écoles doctrinales, le raisonnement et l'opinion apparurent associés à la notion de consensus (*ijma'*). L'opinion consensuelle d'un groupe influent, d'une tribu ou d'une communauté locale liée à l'autorité arabe servit souvent de base à la création d'une coutume. Le consensus de savants installés dans les cités étroitement liées à l'islam

---

[50] Joseph Schacht, *Introduction au droit musulman*, Paris, Maisonneuve & Larose, 1983.

naissant (en Arabie, dans les villes de garnison, dans certains centres régionaux) s'avéra particulièrement important. Il s'agissait d'hommes avant tout connus pour leur piété et leur comportement exemplaire. Leur étude de la normativité fut parfois liée à une pratique de juge, mais elle eut plutôt tendance à se concentrer à un niveau doctrinal.

Le consensus est un principe issu d'une époque où les choix d'un groupe relevaient d'instances de nature familiale, clanique ou tribale dont il était possible d'obtenir l'avis. Dès lors que la communauté musulmane déborda les frontières de Médine et, plus encore, de la péninsule arabique, il devint techniquement difficile d'obtenir l'accord de tous les musulmans. Deux conceptions du consensus s'opposèrent, dès lors. D'une part, celle qui le limitait aux seuls savants, d'une école ou d'une ville par exemple. D'autre part, celle qui l'étendait à l'ensemble des musulmans. Dans ce cas, le consensus finit par ne plus concerner que des questions d'ordre très général et peu controversé, telle la croyance en un Dieu unique, la prophétie de Mohamed ou l'accomplissement de certains rituels. Les théories doctrinales divergent quant à cette question, en fonction pour l'essentiel du poids que l'on souhaite donner à l'opinion des savants : alors que l'élargissement du consensus à l'ensemble des musulmans a pour résultat pratique de le diluer et le rendre quasiment inopérant, sa restriction aux savants – les gens capables d'interpréter les textes (*mujtahid*) – permet de lui conférer une vraie capacité novatrice, mais l'expose aussi, de ce même fait, au risque de la critique traditionniste de l'innovation blâmable (*bid'a*). Un auteur comme Chafi'i est adepte de la conception extensive, que l'on peut considérer comme négative en ce sens qu'elle visait à récuser l'autorité du consensus limité et local. L'école doctrinale malikite reconnaît pour sa part l'autorité du consensus des savants de Médine, qui porte essentiellement sur les pratiques coutumières de la première communauté des musulmans. De manière générale, il faut toutefois bien reconnaître que le poids du consensus comme moyen d'extraction de règles doctrinales trouva à s'affaiblir à mesure de ce que l'autorité de la Tradition l'emportait et que la capacité créatrice des écoles locales se trouvait muselée.

Contrairement au Coran, qui a été révélé, et à la Tradition, qui a été vécue, le consensus est, dans la théorie des fondements de la doctrine, une source dérivée : il doit être déduit de ces deux sources matérielles premières. Il s'appuie sur le *hadith* isolé dans lequel le Prophète affirme que la Communauté des musulmans (*umma*) ne tombera pas d'accord sur l'erreur. Au total, il faut reconnaître que cette source, qui est à ce point symbolique qu'elle sert à définir l'islam sunnite (*ahl al-sunna wa-l-jama'a*, les Gens de la Tradition et du consensus), n'eut guère d'impact dans le développement de la doctrine musulmane, au-delà en tout cas de sa période de formation dans les grands centres locaux. Un auteur tel qu'Ibn Taymiya (m. 1327), dans son ouvrage *Critique des dispositions faisant consensus*, parvient à résumer en une vingtaine de pages l'ensemble des préceptes faisant à ses yeux consensus.

Le raisonnement et l'analogie

On l'a vu, les premiers temps doctrinaux furent marqués par la diversité. A cela, il y avait au moins deux raisons : le localisme et l'usage du raisonnement personnel (*ra'y*). Celui-ci pouvait prendre la forme aussi de la préférence en fonction l'intérêt public (*istihsan*). Il n'existait pas d'administration centrale exerçant un rôle homogénéisant entre les différentes écoles doctrinales naissantes. En conséquence, la coutume locale eut tendance à s'imposer, de même que le recours à l'opinion. L'autorité des règles qui provenaient de l'opinion personnelle se consolida à mesure que les savants d'une même localité s'entendaient sur leur contenu et cela conduisit à la constitution de corpus dogmatiques. Ce fut précisément en réaction face à cette fragmentation que le mouvement traditionniste se développa et finit par s'imposer. Comme dans tout processus normatif, il fut nécessaire à un moment donné de préciser le cadre

de l'exercice, les règles du jeu et les marges d'interprétation autorisées. La référence coranique ne pouvait suffire en la matière. « L'interprétation des dispositions du Coran était largement affaire d'appréciation personnelle »[51], ce qui conduisait à accentuer la diversité plutôt qu'à la réduire. Le souci d'homogénéité et de cohérence mena à substituer au raisonnement personnel et arbitraire la déduction analogique (*qiyas*). Celle-ci fut, à l'origine, plutôt sommaire. Par exemple, le montant du don nuptial, qui était considéré comme une compensation pour la perte de virginité, fut évalué par comparaison au prix attribué à la perte d'autres biens de valeurs.

Le raisonnement analogique est le troisième fondement de la doctrine. Comme le consensus, il constitue une source dérivée. En théorie, il n'est autorisé qu'à la condition qu'aucun consensus ne soit établi à propos d'une question (elle doit appartenir à la catégorie des questions controversées, *khilaf*) ou qu'elle soit tout à fait nouvelle. L'analogie n'est pas une source matérielle de doctrine, c'est-à-dire un répertoire substantiel dans lequel le jurisconsulte peut puiser. Il s'agit davantage d'une méthode permettant de déduire des règles à partir d'autres sources, matérielles quant à elles. L'analogie se compose de quatre éléments : (1) le nouveau cas qui requiert une solution ; (2) le cas paradigmatique qui dispose d'un fondement scripturaire ou repose sur un consensus ; (3) le *ratio legis*, soit l'attribut commun qui rattache le nouveau cas au cas paradigmatique ; (4) la règle propre au cas paradigmatique qui, parce que le nouveau cas s'y rattache, peut lui être transposée. « L'exemple archétypique d'analogie [doctrinale] est le cas du vin. Si le jurisconsulte est confronté à une situation impliquant du vin de date et qu'il est tenu de décider de son statut, il regarde les textes révélés et constate que seul le vin de raisin est explicitement prohibé par le Coran. Le commun dénominateur, qui est la capacité à intoxiquer, se retrouve dans les deux boissons. Le jurisconsulte doit donc conclure qu'à l'instar du vin de raisin, le vin de date est prohibé du fait de sa qualité enivrante »[52].

Dans la production de l'analogie, le raisonnement occupe une place essentielle. L'attribut commun au cas nouveau et au cas paradigmatique n'apparaît pas toujours de manière évidente. Une question d'adéquation et de pertinence (*munasaba*) peut intervenir, qui suppose un raisonnement éventuellement complexe et indépendant des sources textuelles ou consensuelles. Ainsi le jurisconsulte peut-il relever que c'est le caractère dommageable de la consommation de substances hallucinogènes qui rend l'interdiction des narcotiques pertinente, alors qu'il n'existe pas de texte clair sur la question, mais seulement une analogie possible avec le vin de raisin. Toutefois, le raisonnement ne peut procéder de manière arbitraire ; il est contraint par le soubassement révélé de la normativité islamique et par ses objectifs (*maqasid*), qui sont de commander le bien et de proscrire le mal[53].

Il existe d'autres formes de raisonnement que l'analogie qui sont admises. Ainsi en va-t-il de l'argument *a fortiori*, qui permet d'inférer un sens explicite à partir d'une disposition qui le dénote. Même l'argument préférentiel (*istihsan*) en vint à être accepté, pour autant qu'il puisse être rapporté à un consensus qui, parce qu'il induit la certitude de la vérité de la solution adoptée, équivaut à un texte sacré. Par exemple, les ablutions qui seraient effectuées avec une eau rituellement impure. En suivant la logique de l'analogie, on devrait en arriver à l'invalidité de la prière, alors que la logique de l'argument préférentiel, fondé sur la nécessité ou la force majeure, entre autre, permet de surmonter l'obstacle en montrant que l'accomplissement de la prière doit être préféré à l'inconvénient de l'eau impropre. Enfin, le raisonnement fondé sur l'intérêt général (*maslaha*), tel qu'il sous-tend la normativité islamique dans les domaines de la

---

[51] Noël Coulson, *Histoire du droit islamique*, Paris, PUF, 1995, p.32.

[52] Wael Hallaq, *Sharî'a: Theory, Practice, Transformations*, Cambridge, Cambridge University Press, 2009, p.101.

[53] *Coran* III, 104 : « Puisse-t-il y avoir, de par vous, une communauté [dont les membres] invitent au bien, ordonnent (*ya'muruna*) le convenable et prohibent (*yanhawna*) le répréhensible ! »

protection de la vie, de l'esprit, de la religion, de la propriété privée et de la progéniture, fut lui aussi considéré comme une technique permettant de fonder l'adéquation d'une disposition. Ces techniques de raisonnement sont assimilées à l'analogie, bien qu'elles n'en soient pas une à proprement parler[54].

Les jurisconsultes

Consensus et raisonnement sont des sources secondaires permettant d'identifier les règles. Cette identification est le fait d'individus qui se sont d'abord imposés en tant que spécialistes, ont constitué progressivement des écoles et ont contribué à l'élaboration de la doctrine (*fiqh*). Je l'ai dit au premier chapitre, le *fiqh* n'est pas un droit au sens moderne du terme. C'est un édifice doctrinal produit par des jurisconsultes. A la base de cet édifice se trouve l'idée que l'entendement d'hommes est nécessaire pour opérer la médiation entre la volonté de Dieu et la réalité humaine. La faculté nécessaire à cet effet, c'est ce qu'on a souvent appelé l'effort d'interprétation (*ijtihad*), c'est-à-dire l'opinion par laquelle, face à une situation sans précédent, on peut trouver une solution fondée sur des sources textuelles révélées ou propres au transmetteur de la Révélation.

Le jurisconsulte (*faqih*, plur. *fuqaha'*) à même d'émettre une opinion est donc une personne dotée de la capacité de produire l'effort d'interprétation (*mujtahid*). La doctrine a formalisé les conditions nécessaires pour être un *mujtahid*, mais il n'existe pas d'autorité exclusivement habilitée à décerner ce titre. La conséquence en est donc que n'importe qui peut, en pratique, revendiquer cette qualité et que seule la réputation publique de la personne viendra en accréditer le statut. Les conditions formelles sont : la connaissance des versets normatifs du Coran ; la connaissance critique des hadiths normatifs ; la connaissance de l'arabe ; la connaissance de la théorie de l'abrogation[55] ; la maîtrise de l'art du raisonnement ; la connaissance des cas réglés par voie de consensus. Une fois ces conditions réunies, le *mujtahid* est tenu d'exercer ses facultés d'interprétation de manière autonome et donc de ne pas suivre l'opinion d'autrui, mais seulement celle qui est fondée sur son propre raisonnement. Dans la théorie, la personne à même de produire une interprétation doctrinale (*mujtahid*) est tenue pour équivalente à la personne habilitée à produire des avis doctrinaux (*fatwa*, plur. *fatawa*), que l'on connaît bien sous le nom passé au français de mufti. Le mufti ne rend pas de décision mais émet un avis sur toute question qui lui est posée.

Dans la doctrine toujours, les personnes n'ayant pas atteint ce rang ne peuvent émettre d'opinion personnelle et sont donc tenues de se conformer à l'opinion d'un *mujtahid*. On parle d'émule, d'adepte (*muqallid*). Cette personne ne pratique pas elle-même l'*ijtihad*, mais suit celui d'un *mujtahid* reconnu. Il peut s'agir d'un jurisconsulte aussi bien que d'un profane. Entre le *mujtahid* et le *muqallid*, il existe en théorie toute une liste de catégories intermédiaires. Il est important de noter qu'avec le temps, nombre de jurisconsultes se présentèrent comme les émules d'un maître ou d'un de ses premiers épigones, tout en formulant en réalité un raisonnement qui étayait bien mieux l'opinion du *mujtahid* de référence que ce dernier ne l'avait fait. Cette forme d'adhésion (*taqlid*) consiste en somme à affirmer l'autorité d'une solution tout en lui donnant une assise plus solide. On voit qu'il ne s'agit en rien d'une imitation aveugle. Il reste que, dans l'immense majorité des cas traités au quotidien, c'est la simple reproduction de l'opinion d'un *mujtahid* qui s'impose, d'une manière routinière et largement conservatrice.

---

[54] Hallaq, *op.cit.*, p.106.
[55] Voir chapitre 3.

Les écoles doctrinales sunnites

La doctrine normative islamique fut le fruit d'une élaboration progressive débutant dans le premier tiers du 8e siècle. On a vu comment apparurent les premiers spécialistes, qui s'appuyaient sur la coutume locale tout en cherchant, avec toujours plus d'insistance à mesure du temps, à la passer au crible du texte coranique et de la Tradition prophétique. Ces spécialistes firent école, en ce sens qu'ils représentèrent l'autorité de référence de regroupements de jurisconsultes, bien que, parfois, ceux-ci aient davantage invoqué les mânes de ces pieux ancêtres plutôt qu'ils ne recoururent vraiment à leur œuvre fondatrice. De ces premières écoles, celles de Médine et de Koufa furent les plus durables. Sur la base des normes coutumières locales et des prescrits du Coran et de la Tradition, et en passant en revue la pratique existante, un corpus doctrinal fut constitué. « Il était né de l'opinion personnelle ou *ra'y* de certains savants ; mais à mesure que le temps passa, l'autorité de ces règles se consolida. L'entente entre les savants d'une même localité se développant, la doctrine devint l'expression du consensus d'opinion de cette école »[56]. Encore fallait-il que ce consensus d'opinion n'apparaisse pas comme arbitraire, mais bien dérivé d'une source contemporaine au Prophète et, en fin de compte, du Prophète lui-même. Avec le mouvement traditionniste, la tendance s'accentua. Le premier ouvrage de doctrine normative, le *Muwatta'* de Malik b. Anas (m. 796) reflète assez bien cette dynamique, en recherchant des compromis entre dispositions issues de la coutume médinoise et prescriptions imposées par le dogme traditionniste. Sa méthode consiste à rapporter, à propos d'un cas, les précédents établis dans les tout premiers temps de l'islam, de les examiner et de les adopter ou rejeter à la lumière de son raisonnement et de la coutume de Médine, tout consensus de cette dernière exerçant une autorité prépondérante. La présentation de cet ouvrage, au-delà de l'organisation en livres thématiques, est plutôt casuistique : pas de principes généraux régissant un ensemble de cas rentrant dans une catégorie, mais juxtaposition de cas particuliers traités selon leurs propres règles spécifiques.

Au-delà de divergences doctrinales, chacune de ces deux écoles anciennes se caractérise par un esprit différent, qui s'explique par leur insertion contextuelle. Alors qu'un attachement conservateur à la coutume arabe marque considérablement le milieu médinois, une sorte de progressisme spéculatif lié à la formation d'une société nouvelle issue de la conquête arabe en-dehors de la Péninsule distingue les premiers savants de Koufa. Parmi ceux-ci, Abu Hanifa (m. 767), un affranchi dont le père était originaire d'Afghanistan. Disciple de Hammad b. Sulayman, il apprit la doctrine de Nakha'i, ce qui le rattachait au compagnon du Prophète Ibn Mas'ud. Il enseigna. Il fut aussi en conflit avec le pouvoir omeyyade. Rallié aux Abbasides, il prit ses distances à mesure que ceux-ci se coupaient de leur soutien chiite. Il finit même par être persécuté par les autorités. Son œuvre n'a pas été conservée et ses positions doctrinales ne nous sont connues qu'au travers des écrits de ses disciples. Abu Hanifa est connu pour ses qualités de raisonnement et sa cohérence logique, mais aussi pour sa déconnexion d'avec la pratique. Abu Yusuf et Chaybani, ses principaux disciples, sont caractéristiques de la période de consolidation des écoles qui, sous l'impulsion du mouvement traditionniste, encadrent l'exercice du raisonnement et s'avèrent plus pragmatiques. Abu Yusuf est connu pour son livre sur l'impôt foncier (*Kitab al-kharaj*) et Chaybani pour son ouvrage *Zahir al-riwaya*, principale référence de l'école hanafite. Il est difficile aujourd'hui de prétendre qu'une école est plus libérale qu'une autre, mais on peut néanmoins affirmer que la doctrine hanafite est soucieuse des libertés individuelles, entre autre en matière contractuelle, et qu'elle fait largement usage des subterfuges de raisonnement (*hiyal*). L'école hanafite, implantée d'abord en Irak, se diffusa en Syrie, en Asie centrale, en Afghanistan et dans le sous-continent indien. Elle devint en quelque sorte « école d'Etat » avec les Turcs seldjoukides et ottomans.

---

[56] Coulson, *op.cit.*, p.40.

Malik b. Anas est le fondateur de l'école malikite. Né à Médine, il s'inscrit dans la tradition arabe du cœur de l'islam naissant. Il fut réputé pour sa probité morale et son désintéressement. C'est à 'Umar, le deuxième commandeur des croyants après le Prophète, et à son fils, Nafi', que son enseignement se rattache. Attaché à la Tradition prophétique, il se montrait critique à l'égard des *hadith* en provenance d'Irak. On lui attribue la citation suivante : « Chez vous, en Irak, vous possédez une fabrique de *hadith*, on compose la nuit et on publie le jour ». Quiétiste et apolitique, il ne s'impliqua pas dans la révolte contre les Omeyyades. On prétend même que son jugement favorable à l'un des souverains de la branche d'Espagne de ces derniers est à l'origine de l'adoption de la doctrine malikite à l'Ouest, au Maghreb. Il eut malgré tout maille à partir avec les autorités locales, mais cela ne semble pas avoir changé son comportement, tout en confortant sa réputation. Son œuvre principale, le *Muwatta'*, est une compilation des coutumes de Médine selon un plan doctrinal original. Un trait fondamental de l'école malikite est son attachement à la coutume médinoise en tant qu'elle représente la pratique courante des musulmans. L'intérêt (*maslaha*) de la communauté musulmane est une notion centrale, de même que l'argument préférentiel (*istihsan*). On observe également un souci de cohérence morale dans la doctrine malikite. L'école malikite eut tendance à se déplacer vers l'ouest, à partir de son épicentre médinois. Elle se répandit dans toute l'Afrique du Nord, puis en Afrique de l'Ouest. Elle prédomina en Andalousie.

Mohammed al-Chafi'i est un personnage central de la doctrine islamique. Passé par les principaux foyers doctrinaux de l'islam du 8e siècle (La Mecque, Médine, Kufa, Bassorah), il est à l'origine un disciple de Malik. Très influencé par les thèses traditionnistes, il s'inscrit dans un contexte d'aboutissement du processus d'islamisation de la normativité. Son souci est principalement celui de la mise en cohérence. Il se situe, à cet égard, dans le prolongement de la volonté de Chaybani de développer un système doctrinal qui ne soit pas limité à la seule question de la conformité aux sources scripturaires de l'islam. Sa contribution essentielle est d'ordre méthodologique et épistémologique : sources de la doctrine, moyens permettant d'identifier les normes, relations des différentes sources entre elles. Son œuvre majeure, *L'Epitre* (*al-Risala*), peut être considérée comme fondatrice de la science des fondements de la doctrine (*'ilm usul al-fiqh*). Rédigée pendant les cinq dernières années de sa vie, elle s'attache à la synthèse de la Tradition et du raisonnement. La Sunna devient, sous l'impulsion de Chafi'i, le corpus des traditions formellement rattachées au Prophète. Bien que formellement seconde par rapport au Coran, la Sunna acquiert ainsi un statut tout à fait fondamental et autonome : c'est à sa lumière que le Coran doit être lu, et non l'inverse. Dans la même logique, si le Coran est seul habilité à abroger le Coran (la Sunna permettant de l'interpréter, non de le contredire), la Sunna est seule habilitée à abroger la Sunna (le Coran ne peut le faire, dès lors qu'il doit être lu à la lumière de la Sunna ; c'est donc dans la Sunna qu'il faut chercher la disposition abrogeant telle autre qui serait en contradiction avec le Coran). Avec Chafi'i, on observe une accélération du processus de constitution des écoles doctrinales. Il est le fondateur d'une école établie sur une relation exclusivement personnelle de maître à disciple, dotée d'une doctrine précise, reproduite, commentée et expliquée ensuite par ses adeptes (*taqlid*). Un disciple comme Muzani (m. 878) est ainsi l'auteur d'un *Abrégé* (*Mukhtasar*) reprenant les thèses du maître en vue de leur enseignement. L'école chafiite, à partir du Caire, se répandit en Afrique de l'Est, en Arabie, en Irak, puis en Asie du Sud-Est et, particulièrement, en Indonésie et Malaisie.

L'école doctrinale hanbalite est plus tardive. Elle émerge en réaction à l'épisode mu'tazilite, qui agita fortement la première moitié du 9e siècle, à l'époque du calife abbasside al-Ma'mun (m. 833). La doctrine mu'tazilite tenait, entre autres thèses souvent qualifiées de rationalistes, que le Coran était créé et non éternel. Elle suscita de très fortes réactions, tant théologiques que politiques. Ibn Hanbal (m. 855), qui est avant tout un traditionniste, est une des figures de proue de l'opposition théologique au mu'tazilisme. Quiétiste d'un point de vue politique, il considère

que la Tradition s'impose comme source unique de toute doctrine. Cela l'amène à une posture réservée à l'égard du raisonnement et, particulièrement, de l'argument préférentiel. Même les *hadith* faibles lui sont préférables à l'analogie. Cet attachement à la Tradition a eu tendance à faire du hanbalisme l'étendard du conservatisme et de l'orthodoxie sunnite. L'école hanbalite ne s'imposa pas sur un territoire particulier. Ses deux centres principaux étaient Bagdad, en Irak, et Damas, en Syrie, sous l'impulsion du réformateur Ibn Taymiyya (m. 1328). Elle entama un long déclin qui fut enrayé par le mouvement puritain fondé par Ibn 'Abd al-Wahhab (m. 1787), connu sous le nom de wahhabisme et principalement implanté en Arabie.

La doctrine chiite

La vulgate islamique nous raconte que c'est la question de la succession au Prophète qui aurait conduit à la naissance du principal schisme de l'islam. D'une part, nous aurions les chiites, partisans de la succession par la voie du sang et donc par la ligne de 'Ali, à la fois cousin, premier compagnon et gendre de Mohamed. De l'autre, nous aurions les sunnites, partisans de la succession par voie de cooptation à l'intérieur de la tribu du Prophète, les Quraych. L'histoire elle-même est plus complexe. La succession au Prophète fut effectivement controversée, surtout avec l'avènement des troisième et quatrième « califes bien-guidés »[57], 'Uthman (m. 656) et de 'Ali (m. 661), qui moururent d'ailleurs tous deux assassinés. Elle mena à la sécession des kharijites, qui refusaient toute vertu fondée sur la naissance et non sur l'ardeur au combat pour l'islam. Mais le chiisme lui-même ne se constitua pas explicitement à cette époque, mais plus tard, dans la seconde moitié du califat omeyyade, dans l'opposition entre autre abbasside à celui-ci. Auparavant, rien ne distinguait les groupes dissidents entre eux, sinon leur positionnement politique. Par la suite, il devint nécessaire de consolider les assises doctrinales de la dissidence et cela conduisit à l'affirmation d'identités distinctes.

Parmi les caractéristiques de la doctrine chiite[58], l'on retrouve donc le principe de la légitimité des seuls descendants de 'Ali par son mariage avec Fatima, une des filles du Prophète. Il en résulte une conception de la Tradition restreinte aux *hadith* remontant à Mohamed par la voie de 'Ali et des 'Alides, que l'on désigne sous le nom d'imams. Ceux-ci ne sont ni des prophètes de second ordre ni des représentants de l'Envoyé ; ils se substituent au Prophète dont ils assument les tâches et fonctions en son absence. Les imams chiites sont tenus pour être infaillibles et à l'abri du péché. Ils sont supérieurs à tous les êtres qui leur sont contemporains, ils sont aussi les égaux de Mohamed, mais ils n'ont pas été choisis pour transmettre la révélation. Aux alentours de 874, le douzième imam disparut. Il est tenu pour être occulté (*ghayba*) et personne n'est en mesure de s'y substituer. La connaissance des desseins de Dieu n'est possible que par son entremise. A la fin des temps, il réapparaîtra. Entretemps, le jurisconsulte (*faqih*) exerce les fonctions subordonnées. Jusqu'à la théorie de Khomeiny (m. 1989) sur la gouvernance du jurisconsulte (*wilaya al-faqih*), il n'était cependant pas question que ce dernier exerce la souveraineté politique.

Une autre caractéristique de la doctrine chiite porte sur l'usage du raisonnement. Une controverse fameuse opposa à ce sujet deux factions, les Usulistes, qui l'emportèrent, et les Akhbaristes. Celle-ci portait principalement sur l'usage de la capacité interprétative (*ijtihad*) et de la raison (*'aql*). Pour les premiers, l'interprétation est une méthode indispensable à l'exercice de la pensée jurisprudentielle, alors que les seconds rejettent le recours à toute forme de raisonnement menant à une probabilité et non une certitude. Si les deux courants s'accordent à

[57] Les guillemets renvoient au fait que cette appellation est postérieure. Comme je l'ai déjà indiqué, il est question, jusqu'aux premiers Omeyyades, de commandeurs des croyants.

[58] Je n'évoquerai que la doctrine chiite ja'farite ou duodécimaine (qui correspond à l'occultation du douzième imam), laissant de côté nombre d'autres identités doctrinales, tels le kharijisme, le zaydisme ou l'ismaélisme.

formellement bannir l'analogie (*qiyas*), les Usulistes reconnaissent toutefois ce qu'indique la raison (*dalil al-'aql*) comme quatrième source de doctrine, après le Coran, la Sunna du Prophète telle que filtrée par les imams et le consensus des jurisconsultes qui inclut l'opinion d'un imam. Pour les Usulistes, en outre, la communauté musulmane est divisée en deux catégories : ceux qui peuvent exercer leurs facultés d'interprétation (*mujtahid*), seuls habilités à prononcer des avis doctrinaux (*fatwa*), et tous les autres, qui ne peuvent qu'émuler les premiers (*muqallid*). Pour les Akhbaristes, seuls les imams peuvent être des *mujtahid* au sens plein du terme. Pour ces derniers, aucune allégeance ne peut être prêtée à un *mujtahid* autre qu'un imam, alors que, pour les Usulistes, l'obéissance du profane à un *mujtahid* actif est obligatoire. On trouve ici l'origine de la doctrine de l'autorité de référence (*marja' al-taqlid*), sur laquelle repose la théorie de la gouvernance du jurisconsulte. D'après celle-ci, l'autorité de référence doit remplir les fonctions de chef politique et religieux, en remplacement de l'imam occulté et dans l'ensemble des affaires.

L'institution de la consultation doctrinale

L'emprise de la doctrine islamique sur le monde et la société a très largement transité par l'institution de la consultation (*ifta'*). C'est en effet par l'intermédiaire de la personne habilitée à procéder à de telles consultations, le mufti, que les principes doctrinaux peuvent trouver à normer la réalité toujours changeante du monde. Par définition, le mufti est une personne douée d'une capacité interprétative des sources de la Loi. Celle-ci n'étant pas connaissable dans sa pureté, il n'est possible pour le jurisconsulte que de faire savoir aux gens intéressés l'opinion informée que l'on peut avoir sur telle ou telle question.

Le groupe des savants susceptibles d'émettre un avis autorisé est devenu une classe de professionnels. Ceux-ci agissent pour l'essentiel à titre privé : leur opinion est un avis qui n'est pas contraignant et son application n'est accompagnée d'aucune coercition de la part des institutions publiques. Ceci étant, le pouvoir temporel éprouva à un certain moment le besoin d'élever certains jurisconsultes réputés au rang de muftis officiels. Dans certains lieux, il y en avait un par école doctrinale reconnue. Dans l'empire ottoman, ils acquirent le titre de Doyen de la religion islamique (*chaykh al-islam*). Le statut officiel de ces muftis et de leurs fatwas n'implique pas pour autant leur caractère supérieur ou exclusif d'autres opinions. Tout au plus sont-ils parfois considérés, individuellement ou collectivement, comme dans la Constitution marocaine de 2011, comme seuls à pouvoir être sollicités par les institutions de l'Etat et leurs agents ou à pouvoir émettre des fatwas officielles.

Sous diverses appellations – gens de savoir (*ahl al-'ilm*), conseillers (*muchawirun*), muftis – les savants en doctrine islamique occupèrent aussi fréquemment le statut d'experts auprès des instances judiciaires, les juges (*qadi*) se référant à leur opinion dans les cas difficiles. En général, les opinions des muftis semblent avoir été respectée par les juges non parce qu'elles étaient contraignantes, mais parce qu'elles faisaient autorité. Les fatwas forment, dans la théorie hanafite, le troisième niveau de la doctrine islamique. En réalité, elles en constituent le niveau dominant, quelle que soit l'école considérée.

Les fatwas occupent donc une place essentielle dans le développement de la doctrine islamique. Elles furent l'objet de recueils spécifiques qui consignaient toutes les opinions prises sur des questions d'un genre nouveau, faisant ainsi précédent, et qui avaient été reconnues comme correctes par les savants d'une école doctrinale. La doctrine d'une école était élaborée par des jurisconsultes collationnant et organisant les fatwas en compendiums. Ceux-ci omettent généralement les détails factuels et personnels, résument la question (*istifta'*) et la réponse (*fatwa*) et synthétisent les principes doctrinaux qui s'en dégagent. En prise avec leur temps, ces

compendiums ajoutent et soustraient des cas en fonction de la pertinence qu'ils revêtent, de l'avis de l'auteur, pour la communauté musulmane. Wael Hallaq parle de « roue dialectique » pour décrire la relation entre la vie sociale, les conflits, le jugement d'affaires particulières, le recours à l'expertise d'un mufti et la constitution de règles adaptées à la vie sociale et aux problèmes qui y apparaissent, confirmant et renouvelant dans un même mouvement le corpus de base des écoles doctrinales[59].

Les principes généraux se dégageant de ces avis ont trouvé à percoler jusque dans les manuels des écoles. Les compendiums exhaustifs ont donné lieu à des abrégés susceptibles de mémorisation par les étudiants. Un abrégé pouvait faire autorité pour une école, pendant un certain temps, avant qu'il ne devienne nécessaire d'en rédiger un autre, qui ne rendait pas pour autant caduc le précédent. La continuité doctrinale s'est ainsi trouvée assurée.

Actualité du raisonnement doctrinal

La doctrine islamique est douée d'une actualité persistante. On a vu qu'il existait des institutions investies légalement de la charge de prononcer des fatwas officielles, tels le Conseil des oulémas au Maroc ou le Bureau de la consultation en Egypte. Ces institutions sont présidées par une autorité religieuse, qu'il s'agisse du Commandeur des croyants (*amir al-mu'minin*) dans le premier cas ou du Mufti de la République (*mufti al-jumhuriyya*) dans le second. Souvent, ces institutions sont invitées à se prononcer sur des questions de société et d'éthique, à la demande des autorités de l'Etat, des tribunaux ou même des particuliers. On peut observer, à cette occasion, comment procède le raisonnement doctrinal islamique dans un contexte contemporain. A titre d'illustration, je voudrais rapporter quelques bribes d'un débat égyptien.

Le Mufti de la République s'était prononcé, fin octobre 1998, sur le viol et les droits de la femme violée. Son communiqué fut suivi d'une interview stipulant les conditions qui, de son point de vue, rendent légitime la reconstitution de la virginité d'une femme. Quelques jours après, il accorda un entretien à un hebdomadaire dans lequel il confirmait ses positions. Pour le Mufti, toute femme vierge qui a été victime d'un viol est autorisée à avorter avant le quatrième mois de la grossesse consécutive à ce viol. De plus, elle se voit accorder le droit de demander à un médecin de restaurer sa virginité. Enfin, le Mufti lui reconnaît également le droit de dissimuler ce dont elle a été la victime à son futur mari. Pour le Mufti, cette position se justifie par le fait que la société ne protège pas suffisamment la sécurité des femmes et que l'on ne peut donc faire assumer à la victime une responsabilité qui serait la sienne dans un environnement idéal. Voici le texte de l'entretien accordé par le Mufti au quotidien :

« Je suis en faveur de tout ce qui peut protéger une femme violée ; elle est libre de consulter un médecin spécialiste et de lui demander de réaliser une opération lui permettant de recouvrer sa virginité. C'est une situation très commune, parfois même nécessaire, et il n'y a rien à y redire du point de vue de la charia, dans la mesure où elle a été violée. (…) Il y a une très grande différence entre celle qui consulte le médecin parce qu'elle a été violée, en sorte de protéger sa vertu, et celle qui se dénude devant n'importe quelle personne qui le lui demande et va ensuite demander de retrouver sa virginité. Il n'y a rien à objecter à la première, parce qu'elle a été violée. Selon la règle de la charia, tout ce qui est la conséquence d'un viol est nul et non avenu et on ne peut en tenir compte. Aller chez un docteur, c'est très bien, elle doit pouvoir se protéger. Dire que c'est un moyen de tromper les gens est nul et non avenu. (…) Y a-t-il quelqu'un qui voudrait se marier et demanderait à sa fiancée : as-tu été violée ? Personne ne pose ce genre de questions. Quand on rend visite à quelqu'un pour lui demander le mariage, l'homme est

[59] Hallaq, *op.cit.*, 2009, p.180.

totalement convaincu de sa pureté et de sa vertu. Mais celle qui se dénude devant n'importe quelle personne qui le lui demande, qui en fait une habitude, si elle en vient à m'interroger sur la possibilité de réaliser cette opération dans ces circonstances, je lui dis : non, parce que c'est volontairement qu'elle a agi. C'est logique. Je suis avec celle qui, après avoir été violée, va chez le médecin : elle a le droit de faire disparaître de son corps toutes les séquelles de cet acte et de faire tout ce qui peut lui rendre sa virginité, surtout si elle a été violée. »[60]

Par cet exemple, on peut saisir comment le raisonnement doctrinal se trouve en prise avec l'actualité d'une société. Virginité et légitimité des relations sexuelles sont les composantes premières de la normalité autour de laquelle tourne le raisonnement. En matière sexuelle, cette normalité est fondée sur les relations établies par le mariage, dans une relation asymétrique entre hommes et femmes. Viol et adultère constituent un écart par rapport à cette normalité. Le raisonnement du Mufti fonctionne en sorte de permettre de normaliser la situation de la victime d'un viol en autorisant une opération rétablissant les apparences et permettant à la femme de se conformer à la moralité prédominante.

[60] *al-Ahram*, 17 avril 1999.

CHAPITRE 5

EN PARCOURANT LA DOCTRINE

Après s'être interrogé sur les sources de la doctrine et avoir observé l'histoire de sa construction et les débats qui l'ont entourée, il faut entreprendre d'en examiner le contenu. A la lumière des chapitres précédents, on comprendra aisément que les règles substantielles de la doctrine islamique ne se présentent pas de manière monolithique. Du chiisme au sunnisme, d'une école à l'autre, selon les savants, l'élaboration doctrinale offre des nuances importantes, voire des différences de fond. Elle se modifie également dans le temps, mais il s'agit d'une dynamique d'évolution, non de rupture : la doctrine islamique s'inscrit dans l'histoire au rythme d'inflexions et d'adaptations progressives. Cela donna parfois l'impression d'une rigidité oublieuse des impératifs du temps et du lieu. Sans doute est-il plus juste d'adopter un point de vue médian : en tant qu'éthique morale et jurisprudentielle, la doctrine islamique a une forte tendance au conservatisme ; mais en tant que pratique tenue d'épouser les évolutions de la société qu'elle prétend normer, cette même doctrine a trouvé les moyens d'une adaptation souvent créative.

Classiquement, la doctrine islamique distingue les dispositions relatives aux relations de l'homme à Dieu (*'ibadat*), qui sont dévotionnelles et donc verticales, et les dispositions relatives aux relations des hommes entre eux (*mu'amalat*), qui sont pour leur part horizontales et d'ordre transactionnel. Dans ce registre, on distingue les règles touchant aux relations familiales, à la propriété et aux questions contractuelles, et aux dispositions d'ordre pénal. Les thèmes de nature politique sont souvent traités séparément, de même que ceux qui touchent à l'impôt ou à la conduite du jihad. C'est à l'intérieur de ces grandes subdivisions que se nichent toutes les variations de la doctrine, qui sont fonction des écoles et de leurs évolutions historiques et géographiques. Avant d'examiner de plus près le contenu de la doctrine, je voudrais toutefois faire un détour par la science de ses fondements, qui a élaboré une véritable épistémologie de la normativité islamique.

Une épistémologie de la normativité

Un traité portant sur les fondements de la doctrine s'organise pour l'essentiel autour de trois questions : la nature de la Loi et le statut des actes humains ; les modes de connaissance de la Loi ; le croyant et son rapport à la Loi. Pour traiter de cela, le plan des auteurs varie, mais la tendance contemporaine est de suivre la structure des ouvrages de grands maîtres, tel Ghazali (m. 1111)[61].

La Loi est présentée comme l'ensemble des prescriptions (*hukm*, pluriel *ahkam*) qui s'imposent à l'homme, en tout temps et en tout lieu. Nier l'existence de cette Loi est un acte d'irréligion (*kufr*) ou d'apostasie (*ridda*), chose bien pire que le fait de ne pas pratiquer. Les contraintes liées à la nécessité (*darura*) justifient de ne pas accomplir une prescription. Les actes assignés à l'être humain sont classés en fonction du titulaire des droits : les droits de Dieu, d'une part, qui concernent le culte et toute une série d'interdits (fornication ou consommation d'alcool, par exemple) ; les droits transactionnels, de l'autre, qui portent sur les relations de l'homme avec son congénère (la propriété ou l'héritage, par exemple) ; les droits mixtes, enfin, dont les titulaires sont à la fois Dieu et des congénères (les sanctions coraniques ou le prix du sang, par exemple). Les actes humains sont également classés en cinq catégories, selon leur qualité intrinsèque, indépendamment de toute circonstance. Il s'agit premièrement des actes

---

[61] Voir Hervé Bleuchot, *Droit musulman. Tome 1 : Histoire*, Aix-en-Provence, PUAM, 2000, p. 438-466.

obligatoires (*wajib*), qui se subdivisent eux-mêmes en obligations s'imposant à tout un chacun individuellement (*fard 'ayn*), comme l'accomplissement de la prière, ou s'imposant à la collectivité et dont l'accomplissement par un de ses membres vaut pour tous (*fard kifaya*), comme l'exercice du jihad. Deuxièmement, on trouve les actes recommandés (*mandub*), tel le fait de nourrir un pauvre. Troisièmement, il y a les actes autorisés mais neutres (*mubah*), comme dormir. En quatrième lieu, de l'autre côté du spectre, on trouve les actes répréhensibles mais pas interdits (*maqruh*), dont un exemple est la répudiation. Cinquièmement, il y a les actes interdits (*haram*), tels que le vol, la fornication ou le brigandage. Enfin, les actes humains sont aussi classés selon la relation qu'ils entretiennent avec d'autres actes. Sont ainsi distinguées les causes apparentes (*sabab*) et réelles (*'illa*), les raisons et motifs (*hikma*), les empêchements (*mawani'*) et les conditions de validité (*sihha*), de nullité (*butlan*) ou de dispense (*rukhsa*).

J'ai déjà largement examiné la question des sources de la doctrine, qu'il s'agisse de ses sources premières et substantielles (le Coran et la Sunna) ou de ses sources dérivées (le consensus et l'analogie). La science des fondements a échafaudé une méthodologie sophistiquée permettant d'identifier et de préciser les règles issues de ces sources, en fonction de leur degré de clarté (*wuduh*), de leur valeur probante (*dalala*), de l'extension qui peut en être faite (*chumul*) et de leur hiérarchie abrogative en cas de contradiction (*naskh*).

Troisième question souvent abordée dans les traités de fondements doctrinaux, le rapport de l'être humain croyant à la Loi. Se trouve ici traitée toute la question de la capacité, ainsi que les conditions requises pour pouvoir exercer le pouvoir d'interprétation en matière doctrinale. La notion centrale, en matière de capacité, est celle de destinataire de la Loi, la personne investie de la charge de la mettre en œuvre (*mukallaf*). La faculté de discernement est la condition première de la capacité (*ahliyya*). Sur la base de ce critère, une typologie des limitations capacitaires est élaborée, en vertu de laquelle l'enfant conçu est doué de droits mais non de devoirs, le jeune enfant a la capacité de jouissance sous la tutelle de son gardien, l'enfant doué de raison est doté d'une partie de la capacité d'exercice et l'enfant pubère jouit de la quasi-totalité de sa capacité. Une typologie des empêchements à la capacité est aussi proposée, par laquelle le statut des personnes dérangées mentalement (*majnun*), retardées (*ma'tuh*), prodigues (*safih*) ou séniles (*'ajuz*) est fixé. Sont également distingués les empêchements qui sont le fait de l'être humain, selon qu'ils sont le résultat de circonstances licites, de l'ignorance, de l'erreur ou de la contrainte. Certaines capacités sont réduites, comme celle de la femme, de l'esclave ou du non-musulman. Enfin, c'est dans cette section que les qualités nécessaires à l'exercice de l'*ijtihad* sont définies[62].

Piliers de la foi et actes de dévotion rituelle

Les traités de doctrine portent toujours, en premier lieu sur les cinq piliers (*arkan*) de la foi : la profession de foi, la prière, l'aumône, le jeûne, le pèlerinage, auxquels s'ajoutent un certain nombre d'autres actes de dévotion rituelle. La double profession de foi (*chahada*), par laquelle le croyant atteste qu' « il n'y a de dieu que Dieu et que Mohamed est Son Envoyé » ne fait pas l'objet d'un traitement séparé. La prière (*salat*), en revanche, qui constitue le deuxième pilier mais le premier des actes de dévotions (*'ibadat*), constitue une section toujours extrêmement détaillée. Il faut la distinguer de l'oraison personnelle (*du'a*). Le nombre de cinq prières quotidiennes ne s'est imposé que progressivement. Il s'agit de la prière de midi (*zuhr*), de l'après-midi (*'asr*), du couchant (*maghrib*), de la nuit (*'acha'*) et de l'aube (*fajr*). Cette obligation concerne tout musulman adulte et sain d'esprit. Certaines circonstances, comme le voyage, peuvent en dispenser. La prière doit être accomplie dans un état de pureté rituelle

[62] Voir chapitre 4.

(*tahara*) ; elle fait l'objet d'un nombre codifié de prosternations (*rak'a*) ; elle est orientée vers La Mecque (*qibla*). La prière peut être accomplie n'importe où et isolément, mais la préférence va à l'accomplissement collectif, dans une salle de prière (*masjid*). La prière de midi est remplacée, le vendredi, par une prière congrégationnelle (*salat al-jum'a*), menée dans une mosquée (*jami'*) qui est précédée d'un prêche (*khutba*) fait de louanges, de récitations et d'un sermon. Certains moments particuliers sont l'occasion de prières spécifiques, que ce soit la fin du mois de jeûne, les éclipses ou les périodes de sécheresse.

Troisième pilier de la foi et deuxième acte de dévotion rituelle, l'aumône (*zakat*) renvoie à la notion de don du superflu. Elle s'institutionnalisa en sorte de devenir une sorte d'impôt. La doctrine en formalisa ensuite les règles. Les difficultés de sa perception en firent progressivement un impôt complémentaire. Son affectation vise huit catégories : les pauvres et les besogneux, les agents chargés de la perception, les ralliés à l'islam, les esclaves, les débiteurs, les combattants sur le chemin de Dieu et les voyageurs empêchés d'atteindre leur but. Une aumône spéciale est prévue au moment de la fin du jeûne, au profit des nécessiteux. L'aumône est aujourd'hui une obligation laissée pour l'essentiel à l'appréciation volontaire de chaque croyant.

Le jeûne (*siyam*) constitue le quatrième pilier de la foi et le troisième des actes de dévotion. C'est en l'an 624 que le Prophète imposa le mois de jeûne, qui correspond au mois de Ramadan du calendrier musulman. D'autres périodes de jeûne sont recommandées mais pas obligatoires. Comme le calendrier hégirien est lunaire, le moment du jeûne avance d'une douzaine de jours chaque année du calendrier solaire. Il se déroule entre deux nouvelles lunes, de l'apparition du premier croissant à l'apparition du suivant, ces moments devant être établis par l'observation directe. Le jeûne consiste en l'abstention complète de toute nourriture, boisson et relation sexuelle de l'aurore au coucher du soleil. L'obligation s'impose à tout musulman adulte et sain d'esprit. Les femmes en état d'impureté rituelle en sont dispensées, à charge de récupérer les jours manqués ultérieurement. En sont également dispensés les personnes âgées, les ouvriers au travail de charge, les femmes enceintes ou allaitant, avec également le devoir de rattraper les jours manqués dans la mesure du possible. Une aumône peut compenser l'incapacité à rattraper les jours de dispense. Durant le mois de Ramadan, des prières surérogatoires (*tarawih*) sont encouragées, de même qu'une lecture complète du Coran. La Nuit de la destinée (*layla al-qadr*) revêt un caractère particulièrement sacré et elle est censée se passer de manière pieuse. La fin du Ramadan est marquée par une prière collective à l'aube du premier jour du mois suivant et par la Fête de la rupture (*'ayd al-fitr*). La pratique du jeûne de Ramadan est l'un des actes dévotionnels les plus observés, du fait entre autre de sa dimension collective et sociale.

Le pèlerinage (*hajj*) à La Mecque constitue un temps particulièrement fort de la pratique rituelle musulmane. Cinquième pilier de la foi, quatrième acte dévotionnel, il consiste en la visite de différents lieux saints, dont celui de la Ka'ba, le cube de maçonnerie au centre de la grande mosquée dont la construction est attribuée à Abraham. Recouvert d'une étoffe noire (*kiswa*) renouvelée chaque année, sertie en son coin d'une pierre noire, entouré par la source Zamzam et le tombeau d'Abraham, aujourd'hui relié par des galeries couvertes à deux buttes de Marwa et Safa', ce sanctuaire consacré au Dieu unique est l'objet de la circumambulation des pèlerins. La doctrine fait de son accomplissement une obligation pour chaque musulman adulte et sain d'esprit, au moins une fois dans sa vie, dans la mesure où il en a les moyens. L'accomplissement du pèlerinage est l'objet d'une règlementation précise, faite de conditions de pureté et de sacralisation vestimentaires et rituelles. Il existe deux pèlerinages distincts, qui peuvent être accomplis séparément ou en combinaison. La *'umra*, d'une part, qui peut avoir lieu à n'importe quel moment de l'année et consiste dans la circumambulation autour de la Ka'ba et la course aux buttes des Safa' et Marwa. Le *hajj* proprement dit, de l'autre, qui se

déroule chaque année entre le 8 et le 13 du mois Dhu al-hijja. Il est principalement fait d'une visite dans la plaine de Mina, d'une autre dans la plaine de ‘Arafa et d'une station sur la montagne du même nom, d'une troisième visite dans la plaine de Muzdalifa, de diverses lapidations d'idoles païennes et de l'immolation d'une pièce de bétail. Celle-ci a lieu le jour de la Fête du sacrifice (*‘ayd al-adha*), en communion avec l'ensemble de la Communauté musulmane. Le pèlerinage s'achève par des rites de désacralisation et trois jours de sanctification où la seule obligation est de lapider trois stèles païennes. La visite au tombeau du Prophète, à Médine, ne fait pas partie du *hajj*, mais constitue un moment important pour la plupart des pèlerins.

Parmi les *‘ibadat*, on peut également mentionner les règles de pureté rituelle (*tahara*). Les prescriptions coraniques sont, en la matière, relativement peu nombreuses, sans doute du fait que l'islam ne s'est pas particulièrement démarqué des tabous qui existaient déjà en Arabie. La doctrine a développé sur le sujet une casuistique très précise, qui distingue, entre autres choses, les incidents de souillure mineurs et majeurs, leur sanction et leur réparation par voie d'ablutions (*wudhu'* ou *ghusl*). Les interdits alimentaires relèvent de cette même notion de pureté. Est en principe autorisé tout ce qui est considéré comme comestible. Les interdits sont relativement simples et peu nombreux dans la doctrine sunnite. Ils concernent les viandes, principalement : le porc, le sang, les charognes. C'est l'abattage rituel qui rend licite (*halal*) la consommation d'une viande autorisée. Celui-ci peut être accompli par tout musulman adulte et sain d'esprit, par égorgement et invocation du nom divin.

Il existe d'autres interdictions doctrinales qui relèvent plus de la relation à Dieu que des transactions entre les hommes. Elles portent sur le port de vêtements de luxe et sur l'usage de l'or et de l'argent. Elles concernent aussi sur la représentation d'êtres vivants, au motif que seul Dieu a le pouvoir de créer des êtres dotés de vie. L'interdiction des jeux de hasard relève de cette même catégorie. Dans le texte coranique, elle ne concernait qu'un jeu spécifique, mais elle a été étendue à toutes les formes de paris, comme les courses et les combats. C'est dans ce même esprit que la doctrine interdit les contrats dont l'objet n'est pas clairement spécifié.

Parmi les pratiques vestimentaires ayant reçu un statut doctrinal, on retrouve le port du voile (*hijab*) pour les femmes. Deux versets coraniques portent sur le vêtement féminin : « Prophète, dis à tes épouses, à tes filles, aux femmes des croyants de ramener sur elles leur mante (*jalabib*) »[63]; « Dis aux croyantes de baisser les yeux et de contenir leur sexe ; de ne pas faire montre de leurs agréments, sauf ce qui en émerge, de rabattre leur fichu (*khumur*) sur les échancrures [de leurs vêtements] »[64]. Le sens de ces termes est relativement incertain et offre donc un large espace à l'interprétation. Comme le souligne Jacques Berque, dans le commentaire de sa traduction du Coran, le souci semble être de « ménager à la femme ce qui fait partie de sa personnalité, en évitant seulement l'exhibition provocante, […] loin des interprétations extensives de la coutume »[65].

D'autres usages rituels ont reçu un statut doctrinal, comme la circoncision (*khitan*). Sans doute parce qu'il s'agissait d'une coutume répandue en Arabie, le Coran n'en dit rien de spécifique. Il s'agit néanmoins d'une des pratiques les plus généralement suivies en contexte musulman. En revanche, l'excision féminine est controversée et sa pratique circonscrite à certaines zones géographiques. La mort est également l'objet de règles doctrinales que je ne

[63] Verset 59 de la sourate 33 (Les Coalisés).
[64] Verset 31 de la sourate 24 (La Lumière).
[65] Jacques Berque, *Le Coran : essai de traduction*, Albin Michel,1990.

détaillerai pas, sinon pour dire que la pratique musulmane est plutôt dépouillée : lavement du corps, prière des funérailles (*janaza*), enterrement rapide.

Les relations familiales

Un ouvrage de doctrine porte nécessairement, à côté des actes de dévotion, sur les actes transactionnels (*mu'amalat*). En tête de ceux-ci, les dispositions relatives à la famille. C'est ici que l'on retrouve les règles concernant le mariage, le divorce (*talaq*), la filiation (*nasab*) et la succession (*mirath*). La doctrine a fait preuve, dans ce domaine, de toute sa subtile complexité. Il ne saurait être question d'en rendre compte. Tout au plus peut-on faire l'esquisse des grandes catégories développées par les jurisconsultes, qui, aujourd'hui encore, structurent ce que le langage juridique contemporain dénomme « statut personnel ».

Certains traits caractérisent typiquement le mariage dans la doctrine musulmane. S'il est considéré comme la pierre angulaire de la société, le mariage (*nikah*) n'est, techniquement parlant, qu'un contrat, au sens strict du terme, qui régit les aspects relatifs à la concession de services. Il est aussi une recommandation pour tous ceux qui sont en âge d'éprouver du désir sexuel. Dans la doctrine sunnite, il s'agit d'un contrat visant à la permanence. En revanche, la doctrine duodécimaine accepte le principe du mariage à durée déterminée. Les conditions minimales du mariage sont l'existence de deux parties contractantes, une offre et son acceptation, deux témoins (*chahid*) attestant de la validité de l'acte et le gardien (*wali*) de la femme, à savoir son père ou, à défaut et dans l'ordre, un parent masculin parmi les ascendants ou les descendants du père[66]. Le consentement de la femme est requis, sauf chez les hanbalites qui autorisent le père-gardien à agir seul. Dans tous les cas, il convient de protéger les intérêts de la femme en termes de compatibilité statutaire (la condition socio-économique de l'époux), personnelle (sa condition de santé et d'âge) et matérielle (sa capacité à payer le don nuptial immédiat et différé)[67].

Deux témoins mâles ou un témoin mâle et deux témoins femelles, libres, musulmans, majeurs et sains d'esprit[68], sont requis, qui doivent contribuer à la publicité du mariage. Ce souci de publicité explique que, bien que le mariage à la mosquée ne soit pas exigé, il fasse l'objet d'une préférence chez les malikites. Le don nuptial (*mahr*) constitue un élément important du mariage. Généralement, il est composé de deux parties : celle qui doit être immédiatement versée par l'homme à la femme (*mu'ajjal*) et celle qui est différée (*mu'akhkhar*), souvent jusqu'au moment d'un éventuel divorce. Le don doit être payé ; il est la propriété exclusive de l'épouse. Le don ne peut être fictif ; s'il n'est pas stipulé sur le contrat ou s'il est sous-évalué, la femme est en droit de demander au juge de décider d'un montant approprié aux personnes de son statut. La polygamie est autorisée jusqu'à quatre épouses pour un seul homme, mais la monogamie est considérée par les jurisconsultes comme préférable. Il existe différents empêchements au mariage : liens de consanguinité et de parenté par alliance ; disparité socio-économique trop importante ; disparité de religion (une femme musulmane ne peut épouser un non-musulman ; un musulman ne peut épouser une païenne) ; délai de viduité (*'idda*) pendant lequel une femme veuve ou divorcée ne peut se remarier.

---

[66] Les hanafites autorisent cependant qu'une femme majeure et saine d'esprit contracte un mariage sans gardien. Les chiites également, à la condition toutefois que la femme ait été déjà mariée une première fois.

[67] Les chiites limitent toutefois cette compatibilité à la capacité à entretenir l'épouse et au partage de la même croyance religieuse.

[68] Mais ici aussi, il existe des divergences entre les écoles. Par exemple, Abu Hanifa accepte le témoignage de non-musulmans pour le mariage d'un musulman avec une non-musulmane.

Le mariage suppose la cohabitation des époux, les relations sexuelles et le droit de l'épouse à l'entretien (*nafaqa*). Ceci comprend le logement, les vêtements et les aliments correspondant au statut socio-économique de cette dernière. Le contrat peut stipuler des conditions particulières, telles la majoration du don nuptial, un choix spécifique de résidence conjugale, la dissolution du mariage en cas d'engagement polygame de l'époux. Certaines stipulations contractuelles sont invalides (par exemple, établir qu'aucun don nuptial ne sera payé), mais elles n'entachent pas l'entièreté du contrat. Le mari a le droit aux relations sexuelles avec son épouse et à son obéissance, à la condition toutefois qu'il remplisse ses obligations. L'épouse a également droit aux relations sexuelles avec son époux, mais dans une moindre mesure. Chaque époux a droit à une part de l'héritage de l'autre, selon des règles spécifiques, mais leurs biens respectifs restent leur propriété individuelle et exclusive. Le non-respect des ces droits et obligations ouvre la possibilité d'un recours devant le juge.

La dissolution du mariage est un chapitre non moins important de tout traité de doctrine. Le mariage prend fin avec la mort d'un époux ou son apostasie. Il existe aussi différentes formes de rupture, la plus connue étant indubitablement la répudiation de la femme par son mari (*talaq*). Il s'agit d'un droit unilatéral et exclusif de l'homme. La répudiation doit être prononcée dans des termes non équivoques. Pour être effective, la répudiation doit être prononcée à trois reprises, soit en une fois, soit en trois fois distinctes étalées sur trois mois, durant une période de pureté menstruelle de l'épouse[69]. Avant que n'intervienne la troisième déclaration, la répudiation est temporaire et le mari peut y renoncer. Quand elle est triple, la répudiation est définitive et la reprise d'une relation conjugale impossible sans que l'épouse répudiée ne se soit remariée entretemps avec un autre homme. Une fois devenue définitive, la répudiation entraîne l'obligation de payer le don nuptial différé. La répudiation, dès sa première occurrence, ouvre un délai de viduité (*'idda*) de trois périodes menstruelles pendant lequel la femme ne peut pas se remarier. Cette période se prolonge jusqu'à l'accouchement pour les femmes enceintes. L'homme est tenu à verser une pension alimentaire (*mut'a*) à la femme durant la période de viduité.

Il existe d'autres formes de dissolution du mariage, dont la répudiation à la demande de l'épouse (*khul'*) et la répudiation judiciaire (*tatliq*). La première est une offre faite par l'épouse à son mari de la répudier, moyennant renoncement de sa part à elle à tous les bénéfices matériels qu'elle a pu tirer de son mariage (don nuptial, pension alimentaire). Si le mari accepte cette offre, il doit prononcer la formule de répudiation une seule fois. La répudiation judiciaire, quant à elle, intervient également à la demande de l'épouse en cas de sévices graves, d'abandon, d'absence prolongée, de non-entretien ou de non-respect d'une des stipulations additionnelles du contrat. Notons enfin que le mariage peut être annulé (*faskh*) par le juge si l'une de ses conditions substantielles n'a pas été respectée. C'est également le cas si une erreur sur les qualités de l'époux est apparue, si l'usage de la contrainte est avéré ou si un vice rédhibitoire (par exemple, l'impuissance de l'homme) se manifeste. Le don nuptial est entièrement dû si l'union a été consommée.

La filiation, la garde et l'entretien des enfants occupe une place également centrale dans les ouvrages de doctrine. L'enfant mis au monde par une femme mariée est rattaché au mariage en cours. Tout enfant dont la conception se manifeste durant la période de viduité liée au décès du mari ou à la répudiation de l'épouse est présumé avoir pour père légitime l'homme décédé ou celui qui en a répudié la mère. L'enfant né en-dehors du mariage est considéré comme

[69] La triple répudiation instantanée est réputée blâmable, mais elle n'en est pas moins fort pratiquée. La doctrine chiite duodécimaine est assez limitative dans l'exercice du droit de répudiation, de même que nombre de législations modernes.

illégitime. Il n'existe dès lors pas de liens entre lui et son père naturel. Entre lui et sa mère, en revanche, la mise au monde crée la relation juridique. La naissance d'un enfant légitime crée un devoir d'entretien (*nafaqa*) dans le chef de son père. Par ailleurs, la mère dispose d'un droit absolu de garde (*hadana*) de ses enfants de moins d'un certain âge, la détermination de cet âge variant d'une école à l'autre : sept ou neuf ans pour les garçons, selon les Hanafites ; la majorité pour les garçons, selon les Malikites ; le mariage pour les filles, selon ces mêmes malikites ; sept ans pour les garçons et les filles, selon les Hanbalites. En cas d'incapacité de la mère à assurer la garde, celle-ci revient à des femmes de la parenté selon un ordre établi. La tutelle sur les biens (*wilaya 'ala al-mal*) de l'enfant revient à son père, jusqu'à sa majorité[70].

Les successions constituent un des chapitres les plus détaillés et complexes de tout ouvrage de doctrine. Le principe fondamental en la matière est la distinction entre héritiers agnatiques (*'asaba*) et héritiers identifiés par le Coran (*ashab al-fara'id*). Les premiers sont les mâles liés au *de cujus* (la personne dont on règle la succession) par voie de parenté mâle : fils et descendants mâles, père et ascendants mâles, frères et fils de frères, oncles paternels, auxquels s'ajoutent les agnats par extension comme la fille du fils. Les seconds sont ces héritiers désignés dans le texte coranique : mari, fils et descendants par voie mâle, père et ascendants par voie mâle, frères et demi-frères, fils du frère ou du demi-frère du même père, fils de l'oncle paternel ou de l'oncle par le même grand-père paternel, filles, filles du fils et des descendants mâles, mère, grand-mère et ascendantes maternelles, sœur et demi-sœur, épouse. Chaque héritier coranique est attributaire d'une fraction (moitié, quart, huitième, tiers, deux tiers, sixième) de l'héritage qui varie en fonction de l'existence ou non d'autres héritiers coraniques. Ainsi le mari hérite-t-il de la moitié si son épouse décédée n'avait ni enfant ni petit-enfant par son fils décédé ; mais il hérite du quart si elle avait des enfants ou des petits-enfants par son fils.

La succession est ouverte par le décès (ou l'apostasie). On commence par défalquer du patrimoine (*tarika*) les dettes qui le grevaient éventuellement, ainsi que les frais funéraires et les obligations religieuses qui n'auraient pas été réglées. On déduit ensuite ce dont le *de cujus* a disposé par voie testamentaire. Cela ne peut excéder le tiers du montant net de la succession et cela exclut, pour les sunnites, les héritiers coraniques et agnatiques. Vient alors la répartition entre héritiers coraniques, en fonction de la fraction qui leur revient relativement les uns aux autres. Le solde échoit aux héritiers agnatiques dans l'ordre indiqué ci-dessus. S'il n'existe personne dans ces catégories successives, c'est le trésor public qui hérite. Le calcul est ainsi fait que, s'il existe un fils, c'est à lui que reviendra la part principale de l'héritage, quelles que soient les déductions préalables faites au profit des héritiers coraniques. Dans pareil cas, la fille éventuelle (qui est autrement une héritière coranique) devient une héritière agnatique qui succède au *de cujus* pour moitié de la part de son frère. Notons que des solutions techniques sont apportées par la doctrine dans les situations qui se révèleraient mathématiquement impossibles ou gravement préjudiciables à l'un ou l'autre des héritiers.

La propriété et les relations contractuelles

La notion de contrat (*'aqd*) ne constitue pas une section spécifique des traités de doctrine. Elle traverse l'ensemble des dispositions relatives aux transactions, entre autres pécuniaires et commerciales. De manière générale, un contrat suppose des parties contractantes majeures (les mineurs et les incapables doivent être représentés), une offre (*ijab*) et une acceptation (*qabul*), et un objet. L'offre peut être retirée avant l'acceptation. Il est également possible de stipuler un

[70] Notons qu'il existe tout un système de tutelles sur les personnes ayant perdu la raison et les prodigues. Il existe aussi un ensemble de dispositions relatives au statut de l'esclave qui, sous certains aspects, ressemblent à la réglementation de la tutelle.

droit de résiliation. Le contrat requiert la satisfaction mutuelle des parties et l'absence de fraude et d'enrichissement injustifié. L'objet du contrat ne peut être fondamentalement incertain (*gharar*), parce que cela l'exposerait à une interdiction coranique explicite.

La doctrine reconnaît une série importante de contrats, le plus connu d'entre eux étant naturellement celui de vente (*bay'*). Il s'agit d'un contrat commutatif en vertu duquel une partie une chose est échangée moyennant compensation équivalente en valeur. Pour qu'il s'agisse d'un contrat, il convient que l'objet existe, ait une valeur pécuniaire, soit susceptible de transaction légale, appartienne au vendeur et puisse être délivré. Pour que le contrat soit valide, le contrat doit porter sur un objet connu des parties et spécifié qualitativement et quantitativement. Les contrats de vente peuvent faire l'objet de stipulations particulières. Une autre forme de contrat est celle qui porte sur la vente d'un objet délivrable à terme (*salam*). Cet objet (une récolte, par exemple) ne doit pas exister au moment du contrat et doit pouvoir être décrit de manière assez précise. La date de livraison doit être stipulée et le prix doit être payé immédiatement. Le partenariat (*charika*) recouvre, de son côté, la copropriété et l'association contractuelle. La première est indivisible et suppose l'accord de tous les copropriétaires pour être vendue. La seconde, en revanche, peut être dissoute à la demande d'une seule partie. Une forme particulière de partenariat, la commandite (*mudaraba*), trouve un écho dans ce qu'il est convenu d'appeler la « finance islamique ». Elle consiste en un partenariat sur les profits générés par un bien. L'association contractuelle peut engager deux partenaires avec pleins pouvoirs, pleine responsabilité et procuration mutuelle, chacun pour une part égale (*charika mufawada*) ; ou elle peut constituer en parts et obligations inégales, et n'engager chaque partenaire à l'égard des tiers que pour ses propres transactions et à l'égard de ses partenaires au prorata de sa mise (*charika 'inan*). Il existe une multitude d'autres contrats réglementés par la doctrine : location (*ijara*, *'ariya*), prêt (*qard*), don (*hiba*), garantie (*kafala*), procuration (*wakala*).

En matière de propriété (*milk*), la doctrine islamique a établi toute une typologie distinguant les biens ayant une valeur (*mutaqawwim*) de ceux n'en ayant pas, les biens fongibles (*mithli*) et les biens non fongibles (*qimi*), les biens productifs et les biens non productifs, les biens mobiliers (*manqul*) et les biens immobiliers (*'aqar*). On distingue, dans la propriété, le droit de jouissance (*intifa'*) et le droit de disposition (*manfa'a*). La propriété (*milk*) est distincte de la possession (*yad*). Enfin, dans les situations de copropriété, chacune des parties dispose d'un droit de préemption (*chuf'a*) sur la part de ses copropriétaires offerte à la vente.

Une mention toute particulière doit être faite de l'acte par lequel un bien est soustrait par son propriétaire à sa libre circulation. Par cet acte d'immobilisation ou de mainmorte (*waqf*, *habus*), le propriétaire peut faire bénéficier une personne ou une institution religieuse ou humanitaire de l'usufruit du bien. Doctrinalement, ce type d'acte trouve son origine dans une tradition prophétique qui rapporte que Mohamed autorisa son compagnon Omar à fonder en *waqf* un lopin de terre. Historiquement, la pratique semble toutefois de naissance plus tardive. L'établissement d'un bien en *waqf* doit répondre à quelques conditions : un fondateur capable de disposer de son bien et poursuivant un but acceptable ; un bien décrit sans ambiguïté, durable et producteur d'un avantage régulier ; un but licite et plus encore louable. Le destinataire d'un *waqf* peut être d'ordre privé (*waqf ahli*) ou une institution (*waqf khayri*). Géré par un administrateur rémunéré (*nazir*) et établi à perpétuité (mais susceptible de conditions de suspension ou de dissolution), le *waqf* échappe à son propriétaire initial et bénéficie à son destinataire jusqu'à la disparition de celui-ci. Il peut donc, en théorie, être éternel, dès lors que la chaîne de ses bénéficiaires est conçue en sorte de ne pas avoir de fin. Utilisé pour éviter le morcellement des terres, exhéréder certaines catégories d'héritier ou échapper à l'impôt et à l'expropriation, le *waqf* privé a connu une inflation phénoménale. Celle-ci, parce qu'elle

soustrayait à la circulation économique une portion considérable de biens immobiliers – jusqu'à la moitié des terres arables dans l'Algérie du 19e siècle –, fut à l'origine de la réforme profonde et systématique de ce régime, prenant en général la forme de restrictions radicales des *waqf* de famille et d'incorporation des *waqf* publics au domaine de l'Etat.

La doctrine relative aux atteintes à la vie, au corps et à la propriété

J'ai déjà fait remarquer à quel point la normativité islamique échappe au concept de droit tel qu'habituellement compris de nos jours. C'est particulièrement vrai de la notion de droit pénal, qui focalise pourtant l'imaginaire sur la charia. S'il est une idée qui traverse la doctrine islamique, c'est plutôt celle de compensation pour les atteintes portées à la vie, au corps et à la propriété[71]. La compensation, c'est avant tout l'idée de mise à niveau de l'offenseur et de l'offensé. C'est vrai de la vengeance aussi bien que de l'indemnité financière, dont l'objectif relève moins de la punition que de la réparation d'une perte. Certaines des atteintes considérées par la doctrine sont décrites et encadrées par le texte coranique ; ce sont les limites (*hudud*, pluriel de *hadd*) prescrites et sanctionnées de manière fixe par Dieu. Toutes les autres atteintes relèvent, quant à elles, de la catégorie des offenses ouvrant à une punition discrétionnaire (*ta'zir*).

Sous l'appellation de *hudud*, on retrouve, pour tous les jurisconsultes, la fornication, l'accusation diffamatoire de fornication, la consommation d'alcool, le vol et le brigandage. Il s'agit en outre, pour les chafiites, du talion pour homicide ou blessure, et, pour les malikites, de l'insurrection et de l'apostasie. Contrairement à l'idée reçue, l'application des *hudud* est, dans la doctrine, de nature extrêmement restrictive. Un *hadith* prophétique précise que le moindre doute doit conduire à en exclure la mise en œuvre. Il n'est pas exagéré de dire que les *hudud* relatifs à la fornication et au vol sont soumis à de telles conditions de preuve qu'en-dehors de l'aveu, ils ne peuvent être établis.

La fornication (*zina*) est définie comme la relation sexuelle impliquant l'acte de pénétration entre personnes douées de la pleine capacité, hors les liens du mariage et à l'exclusion du moindre doute. La doctrine distingue la fornication commise par des personnes adultes en-dehors du mariage consommé dans lequel elles sont librement engagées, à laquelle s'applique une peine de mort par lapidation, de celle qui est commise par des personnes qui ne sont pas engagées dans un tel mariage, auquel cas la peine consiste en 100 coups de fouet. Pour que la fornication soit établie, il faut que soit réuni le témoignage de quatre hommes adultes de bonne réputation attestant lors de la même séance, de manière extrêmement détaillée et non ambiguë, qu'ils ont vu le couple engagé dans une relation sexuelle où l'homme pénétrait le sexe de la femme. Pour être retenu, l'aveu doit être répété quatre fois ; il doit être librement consenti. La fornication homosexuelle est traitée comme l'hétérosexuelle, sauf dans la doctrine hanafite. La grossesse d'une femme non mariée vaut preuve de fornication. Toutefois, pour la plupart des écoles, l'accusation tombe si le viol est invoqué. L'accusation diffamatoire de fornication (*qadhf*) constitue une deuxième offense de type *hadd*. Elle peut être poursuivie indépendamment de toute action menée par sa victime. Elle est sanctionnée de 80 coups de fouet, à moins que le diffamateur ne produise quatre témoins mâles attestant de la véracité de son accusation. Seul son mari peut accuser impunément une femme d'adultère, mais cette accusation n'entraîne pas de manière inconditionnelle l'application de la peine pour fornication, mais seulement la dissolution du mariage.

---

[71] Hallaq, *op.cit.*, p. 309.

Pour relever des *hudud*, le vol (*sariqa*) doit satisfaire plusieurs conditions : qu'il s'agisse de l'appropriation à la dérobée de la propriété d'autrui; que le bien volé soit de nature licite, non périssable et d'une certaine valeur ; que le bien volé ait été placé dans un endroit sûr et protégé ; que le voleur soit majeur, sain d'esprit et au fait des préceptes de l'islam ; qu'il n'y ait aucun doute sur le fait qu'il ne s'agit en rien de sa propriété ; qu'il ne s'agisse pas d'un pauvre volant de la nourriture. Si ces conditions ne sont pas toutes remplies, le vol relève des offenses soumises à l'appréciation discrétionnaire du juge (*ta'zir*). La peine consiste dans l'amputation de la main droite. La récidive est sanctionnée par l'amputation, successivement, du pied gauche, de la main gauche et du pied droit. Deux témoins doivent attester de l'offense. Le faux témoignage est condamné et passible, en cas d'intention malveillante, de la peine prévue pour le voleur. Le brigandage (*hiraba*) appartient également aux *hudud*. Il vise le vol à main armée. Sa sanction est semblable à celle du vol, de manière aggravée.

La consommation de vin (*churb al-khamr*) est considérée par la doctrine majoritaire comme appartenant aux *hudud*, en dépit du fait qu'elle n'est pas stipulée dans le texte coranique. L'accusation doit être étayée par deux témoins mâles ou l'aveu de l'offenseur. La peine varie de 40 à 80 coups de fouet, selon les écoles. Les Malikites classent aussi l'apostasie (*ridda*) au nombre des *hudud*. Elle consiste dans le déni de la vérité du Coran ; le fait de déclarer le Prophète mensonger ; la malédiction adressée à Dieu, à Mohamed ou à un des prophètes reconnus ; l'abandon du principe de la prière ou le rejet d'une question établie par voie de consensus ; l'adoration d'idoles. Pour être considéré comme un apostat, il faut avoir agi volontairement, sans aucune coercition. L'apostasie est cause de dissolution du mariage. La repentance, attestée par deux professions de foi, suffit, pour nombre de jurisconsultes, à faire tomber la sanction. [72]

Pour la plupart des écoles doctrinales, le talion (*qisas*) ne relève pas des *hudud* et est traité séparément. Il s'agit d'un dommage privé, qui n'est poursuivi qu'à la demande de la victime ou des ses héritiers. Il concerne les atteintes volontaires à la vie (*qatl*) ou à l'intégrité physique (*jarah*), l'intentionnalité se mesurant par des critères matériels et externes. En cas de meurtre, le plus proche parent de la victime peut exiger l'exécution du meurtrier. En cas de coups et blessures, la victime ou son parent peut demander à ce que la blessure soit reproduite à l'identique sur l'offenseur. La doctrine encourage cependant le recours à la conciliation, qui consiste généralement dans le versement du prix du sang (*diya*). Celui-ci correspond à l'évaluation pécuniaire du dommage subi par la victime. Le prix du sang est également d'application en cas d'homicide ou de dommage corporel involontaire. Le règlement du prix du sang restaure la personne lésée dans ses droits. L'offenseur est toutefois tenu d'acquitter parallèlement, par des actes pieux, sa dette à l'égard de Dieu.

Toutes les offenses ne rentrant pas dans le cadre des *hudud*, du talion et du prix du sang relèvent du jugement discrétionnaire (*ta'zir*) du juge. Ce dernier ne peut, face à ces offenses, prononcer une peine supérieure à celle prévue par les *hudud*. Dans la pratique, le jugement discrétionnaire semble avoir été davantage pratiqué. Il peut consister en une peine corporelle, une amende compensatoire ou un blâme public.

[72] Pour un cas contemporain d'apostasie et de divorce judiciaire pour cette raison, voir, au chapitre 2, la présentation de l'affaire Abu Zayd.

CHAPITRE 6

PRATIQUES JURIDIQUES ET INSTITUTIONS JUDICIAIRES

L'histoire du « droit musulman » n'a cessé, depuis le 19e siècle, de faire de la dichotomie théorie/pratique son objet principal et même obsessionnel. Longtemps, il fut dit que la doctrine (*fiqh*) était une casuistique déconnectée de la réalité, que le droit musulman était une abstraction éloignée de la pratique du cadi, ce juge musulman souvent dépeint comme le symbole de l'arbitraire. Dans un mouvement de balancier caractéristique, on en vint ensuite à dire que, bien loin d'être cantonnée dans le monde platonicien des idées, cette doctrine avait trouvé les moyens lui permettant de percoler jusqu'au droit en action dans le monde social, de telle sorte qu'il serait possible de parler de système juridique musulman.

Cette oscillation est le fait d'une posture académique qui tend à soulever des questions sans objet ou, à tout le moins, à postuler des modèles homogènes auxquels elle s'attache à rendre la réalité conforme, plutôt qu'à accepter la nature plurielle et fragmentée du monde, y compris celui de la norme et du droit. Je reviendrai au chapitre suivant sur le caractère situé et contingent du concept de droit, qui mène à en exclure totalement la normativité islamique antérieure au 19e siècle et une bonne partie de celle-ci ultérieurement. Pour l'instant, il s'agit davantage de rendre compte, autant que faire se peut, des institutions de cette normativité et de leur fonctionnement, entre les premiers temps de l'islam et l'avènement des réformes (*tanzimat*) dans l'empire ottoman. On remarquera ici qu'en lieu et place d'un appareil judiciaire unifié et homogène, on observe toute une varié de pratiques et d'institutions faisant rarement système. Il n'est, de ce point de vue, pas aberrant d'affirmer que, dans des sociétés où l'urbanisation était un fait ultra-minoritaire, la coutume locale occupait une place prépondérante et que ce n'est souvent qu'à titre subsidiaire que la doctrine et les institutions islamiques trouvaient à s'imposer.

Le concept de justice en islam

Seul un point de vue substantialiste et culturaliste permet de parler de « justice en islam » ou de « conception islamique de la justice ». Il faut au minimum constater que les théories et les dogmes sont nuancés, voire divergents. Au-delà du discours religieux, il faut aussi prendre la mesure de ce que la justice est une pratique dont les contours auraient bien du mal à entrer dans un cadre rigide. Je distinguerai donc la question de la justice en tant que pratique discursive, d'une part, telle qu'elle trouve à s'énoncer, se déployer, s'interpréter et se transformer dans la prédication coranique et la tradition prophétique, leurs exégèses, la théorie des fondements de la doctrine et les différents traités de philosophie politique et morale ou de bonne gouvernance ; et, d'autre part, la justice comme pratique propre à des institutions, entre autres judiciaires, qui sont établies dans le contexte historique et géographique de sociétés majoritairement musulmanes et dont l'organisation se fait explicitement par référence à l'islam.

Les termes associés à une idée de la justice, entendue de manière large, sont légion dans les principaux textes religieux islamiques. Au titre de ceux-ci, on mentionnera ceux de « droit » (*haqq*), d'« oppression » (*zulm*), de « jugement » (*hukm*), de « décret de justice » (*qada'*), d'« équité » (*qist*) et de « justice » (*'adl*). S'agissant de ce dernier vocable et de ses dérivés, dont procède étymologiquement le mot communément utilisé aujourd'hui pour parler de justice (*'adala*), plusieurs versets peuvent être cités : « Et [Dieu] m'a commandé d'être équitable entre vous »[73] ; « Mais, si vous craignez de n'être pas justes avec [vos épouses], alors [n'épousez]

[73] Coran 42:15.

qu'une seule »[74] ; « Ne suivez pas les passions, afin de ne pas dévier de la justice »[75] ; « Pratiquez l'équité, cela est plus proche de la piété »[76] ; « Certes, Dieu vous commande de rendre les dépôts à leurs ayants droit et, quand vous jugez entre des gens, de juger avec équité »[77] ; « Certes, Dieu commande l'équité, la bienfaisance et l'assistance aux proches »[78] ; « Puis, si le [groupe de croyants qui s'était rebellé contre un autre] se conforme à [l'ordre de Dieu], réconciliez les [deux groupes] avec justice et soyez équitables »[79]. Notons que la Sunna n'est pas moins prolixe sur ce thème de la justice. On peut citer la tradition selon laquelle « la plus aimée des créatures de Dieu et la plus proche de Lui est un imam juste ». S'agissant du souverain et du juge, il est également dit que « quand ils jugent, ils doivent être équitables » et que « celui qui est juge doit juger en équité ». On remarquera, par ailleurs, que la science de la Tradition exige que le rapporteur des faits et dires du Prophète soit lui-même juste (*'adil*). Cette exigence a été étendue aux juges et aux témoins en justice.

Originellement, le terme *'adl*, qui renvoie à l'ajustement des charges d'une monture, exprime une idée d'équilibre. Il est d'ailleurs fréquemment employé pour désigner la relation entre deux personnes. La référence coranique se fait donc à un monde matériel et objectif, non à une appréciation subjective ou à un commandement divin : « *'Adl* a commencé comme un concept physique intelligible de balance équilibrée et a évolué en un concept non moins intelligible de l'équitable, la balance de la justice naturelle »[80]. Aussi bien la théologie (*kalam*) que les traités de gouvernance (*ahkam sultaniyya*) et les ouvrages de philosophie politique (*falsafa*) ont donné à la thématique de la justice une place centrale.

Les neuvième et dixième siècles furent marqués, dans le domaine de la théologie, par la controverse opposant Mu'tazilites et Ash'arites. Se présentant comme les tenants de la justice et de l'unicité divine (*ahl al-'adl wa-l-tawhid*), les premiers affirmaient le primat de la raison dans la détermination des actes humains. Si l'existence du monde suppose un Être absolument unique et transcendant qui lui a donné naissance, il n'en reste pas moins que l'homme agit librement et est responsable de ses actes. La conception mu'tazilite de la justice découle de ce principe du libre arbitre de l'homme : Dieu étant le Juste, il ne peut châtier celui qui n'est pas responsable de ses actes ; il ne réprouve que l'acte injuste, celui d'un agent qui agit intentionnellement mal. Et c'est par la raison que l'homme peut découvrir la nature bonne ou mauvaise des actes. Contre la doctrine mu'tazilite, l'ash'arisme se constitue en orthodoxie de l'islam sunnite. La thèse fondamentale est que les actes humains sont prédestinés : l'homme ne veut rien par lui-même, sa volonté est totalement entre les mains de Dieu. Si l'homme est responsable, ce n'est que par « acquisition » (*iktisab*) de ses actes, non par leur création. Dieu peut donc tout, y compris ce que l'homme considérera comme le mal et l'injustice, mais qui intrinsèquement ne l'est pas, puisque le mal n'est que l'atteinte faite à une loi et que le Créateur n'est soumis à la loi de personne. La justice, pour al-Ash'ari, est le fait de « faire ce qu'on a le droit de faire » ; est juste ce qui est proclamé tel par la Loi divine.

Farabi (m. 950), véritable initiateur de la tradition de philosophie politique dans le monde musulman et auteur, entre autres, de *La Cité vertueuse* (*al-Madina al-fadila*), fait relever la justice des conditions permettant aux différentes parties et classes de la cité de vivre harmonieusement ; elle règle la division des biens donnés aux hommes en partage. Dans le

[74] Coran 4:3.
[75] Coran 4:135.
[76] Coran 5:8.
[77] Coran 4:59.
[78] Coran 16:90.
[79] Coran 49:9.
[80] George F. Hourani, « Ethical Presuppositions of the Qur'ân », *The Muslim World*, 1980, LXX(1), p. 1-28.

système platonicien de Farabi, une sorte de philosophe-roi est investi de la mission de faire régner la justice et amener les sociétés vers le bonheur supraterrestre, et la religion n'intervient qu'à titre d'élément fédérateur de l'opinion et de la volonté des hommes. Tel n'est pas le cas de Miskawayh et d'Ibn Rushd (Averroës). Miskawayh (m. 1030) cherche, dans l'esprit de l'*Ethique à Nicomaque* d'Aristote, à développer une théorie du juste milieu : « La justice est la vertu parfaite et la plus assimilable à l'unité parce qu'elle est un juste milieu entre des extrêmes, une disposition qui permet de ramener au milieu l'excès et le défaut ». L'humanisme de ce moraliste, qui place la justice en tête de toutes les vertus, aboutit à l'élaboration d'une philosophie centrée sur l'homme et son agir. Pour sa part, Averroës (m. 1198), usant de la raison pour interpréter la révélation et, en retour, légitimer la philosophie en s'appuyant sur la religion, récuse les positions ash'arites à partir des textes sacrés eux-mêmes. Ainsi, si « Dieu égare qui Il veut et guide qui Il veut »[81], cela ne signifie pas que seul Dieu statue sur les questions de justice et d'injustice, mais que, comme le montre une lecture rationnelle du sens profond, Dieu est toujours et nécessairement juste. Quant à l'homme, il exerce un libre arbitre et est, à ce titre, responsable de ses actes.

Les traités de gouvernance constituent un genre qui se caractérise par un fort pragmatisme. Mawardi (m. 1058) fut, par exemple, un jurisconsulte au service de la restauration du califat et du sunnisme. Dans le *Livre des règles d'exercice du pouvoir* (*Kitab al-ahkam al-sultaniyya*), il fonde une théorie de l'absolutisme califal que seules viennent tempérer les dispositions de la Loi révélée et la vertu exigée du souverain, qui doit être juste (*'adil)*. Le même pragmatisme conduit Ibn Taymiyya (m. 1328), dans le *Traité de politique juridique pour la réforme du berger et du troupeau* (*Kitab al-siyasa shar'iyya fi islah al-ra'i wa'l-ra'iyya*), à indiquer comment restaurer la Loi révélée (*chari'a*) dans la conduite de la politique de l'Etat (*siyasa*). N'exigeant pas du souverain plus de vertu qu'on n'en demande au témoin, Ibn Taymiyya s'attache à promouvoir la nécessité d'un Etat limité mais fort, respectueux de la Loi et disposant d'une force de contrainte. Il lui revient d'assurer la justice, au sens de la répartition équitable des biens et de l'application des peines édictées par la Loi révélée. Notons aussi l'existence, à côté des traités de gouvernance, des traités de *hisba*. Fondé sur l'injonction coranique de la commanderie du bien et du pourchas du mal (Coran 3:104), ce genre littéraire, dont Mawardi et Ghazali (m. 1111) sont les premiers représentants, porte aussi bien sur l'obligation individuelle faite au croyant de faire justice aux « droits de Dieu » (*huquq Allah*) que sur l'organisation pratique de la charge du gardien désigné de ces droits (*muhtasib*), dont la fonction a souvent consisté en une police des marchés et des mœurs.

Remarquons que le thème de la justice islamique continue d'être, de nos jours, la source d'une importante littérature philosophique et politique. C'est particulièrement vrai en matière d'éthique économique et sociale. Sayyid Qutb, idéologue des Frères musulmans dans les années 1950 et 1960, est ainsi l'auteur d'un ouvrage intitulé *La Justice sociale en islam* (*al-'Adala al-ijtima'iyya fi'l-islam*).

Les institutions de la justice

La question de la justice s'entend aussi comme l'exercice du pouvoir de juger. Il s'agit alors de considérer l'établissement et les transformations d'un pouvoir judiciaire, non dans les théories qui en ont été proposées, mais dans les formes historiques qu'ils ont pu prendre.

Il est commun de dire que les institutions des premiers temps de l'islam et les normes qu'elles appliquaient se trouvaient dans une sorte de continuité avec la pratique antéislamique.

[81] Coran 14:4.

On a également vu que des notions coraniques telles que le talion et le prix du sang étaient très largement inspirées par le contexte arabique de la prédication. Celui-ci était fortement marqué par un mode de régulation des conflits de type conciliateur et non pénal. Cela tient sans doute au fait que la logique qui prévalait tendait principalement au maintien des équilibres fragiles entre les différentes formations tribales, plutôt qu'elle ne procédait d'une structure politique centralisatrice et hiérarchique. L'arbitrage et sa recherche de solutions consensuelles était une des formes régulatrices privilégiées, que l'on retrouve d'ailleurs, sans surprise, dans nombre de contextes contemporains où domine une organisation sociale de type segmentaire. On y voit à l'œuvre une normativité fondée sur la responsabilité collective et l'honneur.

En matière de responsabilité, la régulation coutumière se distingue très nettement du droit moderne. Là où ce dernier est essentiellement articulé autour de la notion de volonté et de responsabilité individuelles, la première fait du groupe social d'appartenance le titulaire ultime des droits et obligations. De ce point de vue, il n'y a pas de notion individuelle de personne – un concept avant tout juridique, comme John Locke l'a souligné. La régulation coutumière est établie de façon avant tout collective et, à l'intérieur de chaque collectivité, de manière statutaire : la responsabilité du groupe est engagée du fait des actes commis par ses membres, d'une part ; le rang de chacun à l'intérieur du groupe est établie en fonction de sa place dans l'ordre social, de l'autre[82]. Il en résulte, pour donner une illustration schématique du propos, que la blessure infligée à Ragab, un membre de la tribu des Bani Hilal, par Layth, appartenant à la tribu des Aït Marzouq, engagera cette dernière à une réparation au profit de la première au prorata du statut qu'occupe Ragab en son sein.

L'arbitre (*hakam*) est une figure classique des débuts de la période islamique. On rapporte qu'un poète chrétien, al-Akhtal, fut appelé à arbitrer un conflit opposant des musulmans, à l'intérieur même d'une mosquée. Le Prophète est, pour sa part, réputé avoir quitté La Mecque à l'appel de tribus médinoises sollicitant son arbitrage. L'historiographie de la geste musulmane veut que le Prophète et ses successeurs, les califes, aient nommé des juges (*qadi*, pl. *qudat*) dans les différentes provinces de l'empire. Ainsi en aurait-il été, par exemple, du deuxième calife, Omar b. al-Khattab, qui aurait désigné Abu Musa al-Ach'ari comme juge de Kufa. L'épître de sa nomination est considérée par les traditionnistes comme un modèle d'éthique judiciaire. La recherche historique conteste l'authenticité de ce document, entre autre parce qu'il est ignoré des premiers ouvrages de doctrine (ceux de Malik et de Chafi'i) et n'apparaît qu'à une époque plus tardive correspondant à certaines tentatives d'institutionnalisation de la justice[83].

Il semblerait que les gouvernants aient parfois désigné des juges, dès les premiers temps, mais il s'agissait de nominations *ad hoc*. La constitution des corpus doctrinaux étant plus tardive, leur travail était nécessairement très personnalisé, une sorte de « mélange de règles coutumières, de décrets de gouverneurs de province et d'idées générales sur la justice religieuse à partir du Coran et des précédents sacrés »[84]. A ce sujet, al-Kindi rapporte l'anecdote du gouverneur omeyyade d'Egypte demandant un jour au juge du Caire : « Disposes-tu du Coran ? » A quoi le juge répondit : « Non ! » Le gouverneur lui demanda alors : « Connais-tu les règles de répartition de l'héritage ? » A quoi le juge répondit à nouveau : « Non ! » « Sais-

[82] On comprend dès lors, dans pareil schéma de responsabilité collective, l'importance de la question de l'honneur et de la souillure qui lui est associée. L'honneur est la possibilité pour quelqu'un, en raison du statut qu'il occupe dans un groupe, d'être sérieusement affecté dans sa dignité, voire souillé, par la situation qui afflige une personne de ce même groupe. Il est l'effet d'une atteinte portée au groupe, comme un homicide par exemple. Sa survenance est indépendante de toute intention et elle exige réparation.
[83] Voir Emile Tyan, *Histoire de l'organisation judiciaire en pays d'islam*, Leiden, Brill, 1960, et Sami Zubaida, *Law and Power in the Islamic World*, Londres, I.B. Tauris, 2003.
[84] Zubayda, *op.cit.*

tu écrire », lui demanda alors le gouverneur ? Et le juge de répondre encore : « Non ! » « Comment peux-tu prononcer un jugement, dans ce cas ? », l'interrogea le gouverneur. Le juge répondit : « Je juge selon ce que je sais et ce que je ne sais pas, je le demande ». Le gouverneur lui tapota alors l'épaule et lui dit : « Va, tu es un bon juge ! »[85] Ce stéréotype du juge ignorant, décidant de manière arbitraire, traverse l'histoire musulmane comme une constante.

Avec les Abbassides, pourtant, les fonctions judiciaires furent développées. La légitimité du califat abbasside était toute entière fondée sur la prétention à incarner la piété religieuse et la justice divine par la fidélité au Coran et à la Tradition. On pourrait dire que, là où les Omeyyades revendiquaient la proximité du Prophète par la parenté agnatique, les Abbassides y prétendaient par leur fidélité à son enseignement. Il est donc logique d'observer une double institutionnalisation de l'islam et d'une justice fondée sur sa doctrine. Cela se traduisit essentiellement par le renforcement des écoles doctrinales, par le patronage de savants et par l'intégration de certains d'entre eux dans l'appareil courtisan. En outre, les juges des grandes cités de l'empire furent progressivement nommés par le calife. Harun al-Rachid (m. 809) fut le premier à nommer un juge des juges (*qadi al-qudat*) à leur tête, adoptant ce faisant des pratiques héritées de l'empire sassanide. Il s'agit d'Abu Yusuf (m. 798), le jurisconsulte de l'école hanafite.

L'erreur serait cependant de croire que l'implication califale dans la délégation des pouvoirs de justice correspond à la construction d'un appareil judiciaire organisé, systématique et centralisé. La conception pyramidale de la justice ne saurait être appliquée sans commettre un anachronisme majeur. Si la nomination des juges des grandes villes appartenait formellement au calife, l'exercice du contrôle sur son activité était du ressors du gouverneur. Il convient surtout de mentionner que l'essentiel de la justice était affaire locale et échappait à toute tentative de structuration par le haut. En outre, le titre de juge des juges doit être compris comme une position de cour plus que comme une direction de ministère. En d'autres termes, c'était un titre attaché à une personne et non une direction administrative dotée de tous les pouvoirs de délégation que cela suppose.

La fragmentation de l'empire abbasside et l'éclatement du monde musulman ne furent pas sans conséquences sur la pratique judiciaire. Les dynasties locales établirent leurs propres juges, indépendamment de Baghdad. L'attribution de la fonction de juge – dans les principales cités à tout le moins – reflétait le degré d'autonomie de la province par rapport à la capitale. Chaque califat rival mit en place, en outre, son propre juge des juges, parce qu'il s'agissait d'un attribut de souveraineté. Sous les Mamelouks d'Egypte, une structure hiérarchisée du pouvoir judiciaire fit son apparition, chaque province du sultanat se voyant pourvue d'un magistrat placé sous l'autorité de celui du Caire. Cette fonction fut elle-même démultipliée par la suite, avec la nomination, au Caire puis dans les villes principales, d'un juge de chacune des quatre grandes écoles doctrinales à la fonction de juge des juges. La compétence de ceux-ci s'étendit à la justice ordinaire (*qada'*), à l'exception de la police (*churta*), de la police des marchés (*hisba*), de la justice militaire (*qada' al-'askar*) et de la justice réservée du souverain (*mazalim*).

C'est avec l'empire ottoman que l'administration de la justice a connu, en contexte islamique, sa forme la plus organisée. Le juge (*qadi* ou *hakim al-char'*), placé à la tête d'un tribunal (*mahkama*) ayant juridiction sur un territoire déterminé et installé dans des bâtiments spécifiques, est compétent en matière de Loi révélée (charia) et de droit positif (*qanun*). Il a le pouvoir également d'imposer des peines discrétionnaires (*ta'zir*). Il n'est pas prévu d'appel des décisions rendues par le juge, même si le *diwan* impérial peut être saisi de plaintes et ordonner

[85] L'histoire est rapportée par Tyan et Zubaida.

un nouveau jugement. Les juges jouissent d'une immunité, en ce sens que leur travail est en principe à l'abri des interférences des autorités locales et qu'ils ne peuvent être jugés que par le *diwan* impérial. En revanche, ils peuvent être révoqués par le sultan à n'importe quel moment. A vie, à l'origine, le mandat s'est progressivement écourté pour ne plus être que d'un an au 17e siècle, ce qui est considéré, avec la perception de taxes abusives, comme une des causes principales de la dégradation ultérieure du système judiciaire. L'équilibre entre charia et *qanun* et entre juridictions civiles (*mahkama*), politiques (*diwan*) et militaires a constamment varié. Avec les réformes initiées au tournant du 19e siècle, un nouveau corpus de droit et, dans la foulée, un nouveau système judiciaire virent le jour. Il est exact, dès cette époque, de qualifier les tribunaux traditionnels de tribunaux de la charia, en ce sens que leur compétence est désormais limitée à la seule Loi révélée. La tendance à une codification du droit, d'abord inspirée religieusement (*Mecelle* ou *Majalla*), puis de plus en plus séculière, et à la réforme du système judiciaire (tribunaux *nizamiyye*) n'a cessé de s'accentuer pour aboutir à l'adoption d'un système laïc de cours et tribunaux avec l'avènement de la république turque.

Le juge, entre théorie et pratique

La nature du travail du juge musulman a fait l'objet de nombreux débats, au point que la figure du « cadi » administrant la justice de manière casuistique et parfois arbitraire est devenue un lieu commun de la sociologie. Max Weber en a fait un de ses idéaux-types en matière de justice. Ceci trouve un écho en anthropologie du droit, où l'on rencontre l'affirmation que le juge en islam est un intermédiaire ayant pour tâche de favoriser le retour à la négociation des parties en conflit[86]. Cette conception est toutefois battue en brèche par les travaux récents d'histoire du droit, qui montrent que le cumul par le juge musulman de multiples fonctions n'implique nullement le caractère approximatif et aléatoire, voire arbitraire, de son travail. Loin de n'être qu'un intermédiaire social, le juge, tel qu'on peut en découvrir le travail dans les archives, semble être formé à la doctrine et à son utilisation.

Il n'est guère possible de brosser un tableau représentatif de la fonction de juger en contexte musulman entre la période prophétique et l'avènement de l'empire ottoman. Les sources historiques sont trop partielles et le paysage trop fragmenté. Généralement, deux types de restitution sont proposés : soit une idéalisation de *la* figure du juge musulman à partir des ouvrages de doctrine formalisant les conditions nécessaires à l'exercice de cette fonction et les procédures à suivre pour l'accomplir correctement ; soit des études ponctuelles exploitant des ressources archivistiques circonscrites temporellement et géographiquement. C'est à cette deuxième tendance que se rattachent les travaux menés par des chercheurs tels que Christian Mueller, qui portent sur quelques fonds spécifiques – et entre autre celui du Haram al-charif de Jérusalem, dans la Palestine mamelouke du 14e siècle – et, à partir de là, montrent les relations étroites que des juges, également spécifiques, entretenaient avec la doctrine (*fiqh*). Les documents étudiés sont le témoin direct d'une pratique judiciaire garantissant, par exemple, les droits subjectifs des personnes au profit desquelles ils étaient rédigés. Alors que la recherche se concentrait principalement sur les ouvrages doctrinaux, les manuels et les recueils de fatwas, l'étude de documents relevant d'une pratique juridique concrète permettent de montrer comment l'activité des tribunaux était menée en conformité avec les règles procédurales établies dans la doctrine.

On l'a dit, l'empire ottoman marque un tournant dans la pratique judiciaire en contexte musulman. Cela concerne évidemment aussi le personnel en charge de dispenser la justice. Les

[86] Lawrence Rosen, *The Anthropology of Justice: Law as culture in Islamic society*, Cambridge, Cambridge University Press, 1989.

juges se retrouvent en effet intégrés dans une hiérarchie et un cursus particulier, au moins dans les sphères les plus élevées du pouvoir et dans un rayon assez proche du centre de gravité qu'était Istanbul. Jusqu'à Mehmet II (m. 1481), il est difficile de parler d'une corporation hiérarchisée de gens instruits, mais dès le milieu du 15e siècle, les règles d'organisation du corps des ulémas sont codifiées, qui définissent la base d'un *cursus honorum* complexe auquel la dernière touche sera mise au début du 18e siècle. En vertu de ce dernier, le savant en sciences religieuses qui souhaite exercer une haute fonction doit d'abord enseigner dans une série d'établissements (*medrese*), eux-mêmes classés dans un ordre bien particulier, avant d'atteindre un grade lui permettant d'être éligible aux hautes fonctions de la hiérarchie instruite, lesquelles sont également cataloguées par ordre d'importance. A l'arrivée, c'est le choix entre la fonction juridictionnelle et la fonction administrative qui s'offre à l'uléma. La fonction de juge s'exerce sous l'autorité d'une hiérarchie bien établie, au sein d'une institution fortement structurée qui occupe une place essentielle dans le fonctionnement de l'Etat.

Sous le règne de Soliman le Magnifique (m. 1566), le Législateur (*al-qanuni*) en arabe, la fonction de mufti, qui avait eu tendance à rester indépendante de la hiérarchie administrative et religieuse, évolua vers une plus grande institutionnalisation. Ainsi apparut la fonction de cheikh al-islam, qui se cumulait à celle de mufti d'Istanbul. Ce dernier, véritable chef des ulémas et principale autorité religieuse de l'empire, prit la tête d'une institution quasi-ecclésiale qui, « fortement structurée et hiérarchisée, liée à l'Etat et rétribuée par lui, est un phénomène sans équivalent dans la tradition islamique »[87]. De ce fonctionnaire et dignitaire, qui est resté à l'écart du divan, le souverain attendait un contrôle sur l'orthodoxie et une caution religieuse de ses actes. L'importance de la responsabilité ainsi attachée au cheikh al-islam lui donna un pouvoir très large et, si le souverain avait en théorie la faculté de le nommer et le destituer à sa guise, il n'en restait pas moins souvent tributaire de ses bonnes grâces.

L'âge des réformes et l'avènement de l'Etat-nation

Réformes juridiques et judiciaires se sont succédées dans l'empire ottoman jusqu'à l'instauration de la république turque. Elles touchèrent aussi bien le statut des magistrats (formation, recrutement, salaire) que les institutions elles-mêmes (nouvelles juridictions administratives et judiciaires, séparation progressive des pouvoirs, création d'un ministère de la Justice). La même tendance réformatrice s'observe dans l'ensemble des pays du monde musulman, qu'ils aient été colonisés ou non.

L'époque de Muhammad ʻAli (m. 1848) marque une rupture dans l'histoire du système juridique et administratif de l'Égypte. Dès 1818 est promulguée la première ordonnance définissant les règles du fonctionnement administratif. Des conseils administratifs dotés de compétences judiciaires et des instances judiciaires comme le *Majlis al-ahkam* (Conseil des arrêts) et les *Majalis al-tujjar* (Conseils de commerçants) furent créés, parallèlement aux tribunaux religieux existants (*mahakim char'iyya*) et aux juridictions consulaires mises en place par le système des capitulations. La plupart du temps, la création des nouvelles instances juridico-administratives répondait à un souci de spécialisation dans les domaines de l'administration, de l'économie et du règlement des différends professionnels[88]. A cette époque, il pouvait arriver à certaines questions de cheminer selon deux parcours parallèles et d'aboutir à deux jugements différents, l'un énoncé par le juge de la charia (*qadi*) et l'autre par un commis d'État.

---

[87] Gilles Veinstein, « L'Empire dans sa grandeur (XVIe siècle) », dans Robert Mantran (dir.), *Histoire de l'Empire ottoman*, Paris, Fayard,1989, p.188.

[88] Pascale Ghazaleh, *Fortunes urbaines et stratégies sociales. Généalogies patrimoniales au Caire, 1780-1830*, Le Caire, IFAO.

En 1875, des Tribunaux mixtes (*mahakim mukhtalita*), composés de tribunaux d'instance et d'une Cour d'appel, furent établis pour régler les différends auxquels des ressortissants étrangers étaient parties. Le même modèle fut suivi en 1883, lors de la création des Tribunaux indigènes (*mahakim ahliyya*), compétents pour connaître des litiges (hormis le statut personnel) entre nationaux égyptiens. Ce mouvement s'observe dans d'autres pays. En Tunisie et au Maroc, des réformes furent initiées dès avant l'instauration du protectorat (respectivement 1881 et 1912). En Algérie, le régime colonial s'attacha, à partir de 1841 (première loi d'organisation judiciaire), à démanteler le système en place pour le franciser presque intégralement. Le condominium anglo-égyptien sur le Soudan fut l'occasion d'introduire dans ce pays des éléments de justice égyptienne. Seule la péninsule arabique resta largement à l'écart de cette évolution.

Tous les systèmes judiciaires des pays à majorité musulmane ont été profondément transformés au cours des deux derniers siècles. Sans que cela ne puisse être strictement corrélé au colonialisme – certains pays n'ayant jamais été colonisés –, il est manifeste que, globalement, le droit d'inspiration religieuse s'est retrouvé progressivement confiné au seul domaine du statut personnel (mariage, divorce, filiation, successions) et que les juridictions administrant ce droit ont été de la même manière dépouillées de leur compétence au profit de juridictions nationales plus ou moins séculières. L'Iran, depuis la révolution de 1978, et l'Arabie saoudite, ainsi qu'à des degrés divers plusieurs pays du Golfe, font exception en la matière, même si l'affirmation mériterait d'être nuancée. Dans le « domaine réservé » du statut personnel, on peut aussi noter l'adoption de lois codifiées, technique étrangère à la tradition islamique, dont l'application est confiée à des chambres spécialisées des tribunaux civils composées de juges formés dans les facultés de droit. Une tendance à l'« islamisation » d'un droit jugé par trop séculier est observable depuis les années 1970. Cela s'est traduit par l'adoption de textes législatifs explicitement référencés à la charia, elle-même souvent promue au rang de source principale de la législation[89].

Dans les pays du monde arabe, à l'exception de l'Arabie saoudite (système *sui generis* mélangeant tribunaux religieux et organismes administratifs à compétence judiciaire) et avec d'importantes nuances pour différents pays du Golfe (subsistance plus marquée des tribunaux religieux en matière familiale et pénale), les pays arabes ont adopté un système judiciaire proche du système français. Ceci tient pour partie à la présence coloniale (Algérie, Liban, Maroc, Mauritanie, Syrie, Tunisie), mais aussi à l'existence d'une tradition de coopération juridique non exempte d'une volonté de résistance à la présence britannique (Egypte) ou à l'héritage ottoman et à l'influence égyptienne dans tous les domaines du droit (Libye, Irak, Jordanie, pays du Golfe, Soudan).

On retrouve ainsi une division du judiciaire en tribunaux de première instance (*mahkama ibtida'iyya*), cours d'appel (*mahkamat al-isti'naf*) et Cour de cassation (*mahkamat al-naqd*) (Algérie, Egypte, Irak, Jordanie, Koweït, Liban, Maroc, Mauritanie, Syrie, Tunisie). Ces juridictions sont compétentes en matière civile, pénale et commerciale et se voient parfois confiées les affaires de statut personnel (ex. Egypte, Maroc, Tunisie, Koweït, Algérie). Certains pays (Egypte, Maroc, Tunisie) comprennent un échelon inférieur à juge unique. Le contentieux pénal est réparti entre ces tribunaux selon la gravité de l'infraction commise, la classification en contraventions/délits/crimes ayant été reprise par la plupart de ces pays. Le contentieux administratif a souvent été confié à des tribunaux administratifs (Algérie, Egypte, Jordanie, Liban, Maroc, Tunisie, Syrie). Le contrôle de constitutionnalité se développe depuis les années 70 (Algérie, Egypte, Koweït, Liban, Maroc, Mauritanie, Tunisie). Tous ces pays ont choisi un

---

[89] Voir le chapitre 9.

système centralisé et certains (Liban, Maroc, Mauritanie) se sont fortement inspirés du Conseil constitutionnel français.

En Egypte, la convention de Montreux (1937) a aboli les juridictions consulaires et mixtes et a confié l'ensemble des compétences aux tribunaux nationaux. Le Parquet (*niyaba*), créé en même temps que les juridictions nationales, a été maintenu. En 1946, le contentieux administratif a été confié au Conseil d'Etat (*majlis al-dawla*). La Constitution de 1971 a porté création d'une Haute Cour constitutionnelle (*al-mahkama al-dusturiyya al-'ulya*), qui est entrée en fonction en 1979, et la Constitution de 2012 n'en a pas modifié les compétences. Les matières relevant du statut personnel (des musulmans et non-musulmans) sont, depuis la suppression des tribunaux religieux (1955), de la compétence de chambres civiles spécialisées des tribunaux ordinaires. De nombreuses juridictions exceptionnelles ont été mises en place : tribunaux militaires, cours de sûreté de l'Etat, tribunal de l'éthique. Dans le sillage de l'organisation des cours et tribunaux, les professions juridiques se développèrent et, parallèlement, l'enseignement du droit dans des facultés rattachées aux grandes universités nationales. La carrière des magistrats est réglementée et un conseil de discipline gère les questions disciplinaires les concernant. Un syndicat des avocats remplit une double fonction de barreau et d'instance corporative chargée de la protection des intérêts de ses membres. Les professions auxiliaires (greffiers, huissiers, secrétaires, police judiciaire, experts, médecine légale) ont aussi fait l'objet d'une organisation spécifique.

C'est un *dahir* (décret royal) de 1974 qui fixe l'organisation judiciaire du royaume du Maroc et une loi de 1991 qui crée et organise les juridictions administratives. Des juridictions exceptionnelles ont également été instituées : Tribunal permanent des Forces Armées Royales (armée, atteintes à la sûreté extérieure de l'Etat) et Cour spéciale de justice (corruption). La Constitution de 2011 transforme le Conseil constitutionnel en Cour constitutionnelle. En Algérie, une ordonnance de 1965 porte organisation du système judiciaire postcolonial. La constitution de 1989 a institué un Conseil constitutionnel et celle de 1996 a mis en place une juridiction administrative. En Tunisie, une loi de 1959 a donné son aspect définitif à l'organisation judiciaire en matière civile, pénale et commerciale. Un décret de 1987 a créé un Conseil constitutionnel, dont les décisions ont une portée obligatoire depuis 1998. Au Liban, les questions de statut personnel continuent à être réglées par des juridictions religieuses spécifiques, chaque communauté religieuse disposant de ses propres tribunaux. Un Conseil constitutionnel (*majlis dusturi*) a été créé par l'amendement constitutionnel de 1990, dans la foulée des accords de Taëf (1989). La Syrie reproduit pour l'essentiel le modèle égyptien. La loi irakienne sur le pouvoir judiciaire de 1979 le calque également, tout en confiant les affaires de statut personnel à des tribunaux de charia. Différents tribunaux d'exception ont été institués dans ce pays : tribunaux et cour de sûreté nationale, tribunaux et cour militaires.

C'est le modèle civiliste et non celui de la Common Law qui a été adopté dans les pays du Golfe (Bahreïn, Emirats arabes unis, Koweït, Qatar et Sultanat d'Oman), en dépit d'une longue présence coloniale britannique. Ce phénomène, dû en partie à l'influence exercée par les juristes égyptiens employés comme experts dans la région, a conduit le système judiciaire à se transformer dans le sens, variable selon les pays, de l'unification des juridictions, de l'homogénéisation des procédures et de la structuration du contentieux. Les tribunaux administratifs sont inconnus dans la péninsule. Dans le sultanat d'Oman, le système judiciaire reste fragmenté, entre des tribunaux commerciaux fort influencés par le droit de la Common Law, des tribunaux criminels appliquant un droit pénal « islamique » codifié et des tribunaux civils (appelés tribunaux de la charia) pratiquant aussi un droit d'inspiration explicitement islamique. Aucune juridiction supérieure ne vient coiffer ces trois ordres juridictionnels et les tribunaux de la charia jouissent de la compétence résiduelle. De même, deux ordres

juridictionnels coexistent à Qatar, les cours traditionnelles de charia et des cours de justice (*mahakim ‘adliyya*), et la répartition des compétences entre les deux ordres de juridiction fait l'objet de rivalités, particulièrement en matière pénale. Le système judiciaire des Emirats arabes unis, Etat fédéral, comprend quant à lui deux niveaux de juridictions (différents émirats/Fédération), coiffés par une Cour suprême. Le système judiciaire est unifié au Koweït, mais des tribunaux exceptionnels ont fonctionné quelques années après la guerre du Golfe. Le Yémen n’est pas doté de tribunaux administratifs et le contentieux de constitutionnalité est confié à une chambre de la Cour suprême. Il existe quelques juridictions spéciales (impôts, douanes, travail).

Seule l’Arabie saoudite semble échapper à l'influence civiliste, bien que le propos doive être nuancé. L’organisation des tribunaux remonte dans ce pays à un décret royal de 1928. Différentes règles de procédure civile furent adoptées en 1936 et 1952. En 1955, une Administration des plaintes (*diwan al-mazalim* ; requêtes contre le gouvernement, exécution des jugements étrangers, compétence consultative, compétence commerciale générale depuis 1988) a été créée et, en 1970, un ministère de la Justice fut mis en place. Un décret royal de 1975 sur l'organisation de la justice a introduit d'importantes réformes sur le plan procédural. Les tribunaux de la charia ont une compétence de droit commun pour toutes les affaires civiles et pénales, sauf dans les matières confiées à une autre juridiction. On notera l’application d’un droit au total peu codifié, sauf en matière commerciale, et la multiplication d’administrations douées d’une compétence juridictionnelle sur des questions aussi variées que le droit du travail, la fiscalité ou le domaine bancaire.

Au Soudan, l’adoption au début des années 70 de codes inspirés du droit égyptien a diminué l'influence de la Common Law. Par ailleurs, une vague d’« islamisation » du droit s’est concrétisée par l’adoption d’une série de lois à partir de 1983. Depuis le Judiciary Act de 1983, le système judiciaire et la procédure civile suivent, dans une large mesure, le modèle civiliste égyptien.

Alors qu’une certaine homogénéité des expériences judiciaires arabes est perceptible, force est de constater que la diversité l’emporte dès lors qu’on s’intéresse aux pays d’Asie où l’islam est démographiquement majoritaire. De la Turquie à la Malaisie, en passant par l’Iran, le Pakistan, l’Afghanistan, le Bangladesh et l’Indonésie, ce sont les expériences nationales qui déterminent étroitement la forme prise par les systèmes d’administration de la justice, qu’il s’agisse de la laïcité, du fédéralisme ou du républicanisme islamique. Selon, la place réservée à la charia s’avère à peu près nulle, sinon de manière très indirecte, ou, tout au contraire, totalement centrale, même si cette centralité est éventuellement plus symbolique qu’effective. Les systèmes judiciaires épousent les contours de ces particularismes.

A ce tableau contrasté viennent s’jouter tous les pays où la présence musulmane est minoritaire mais significative. Ainsi en va-t-il de l’Inde, qui abrite la plus grande population mondiale, de la Thaïlande, où la revendication musulmane ne cesse de s’affirmer, et de la Chine, où la question régionale et minoritaire, y compris dans le Xinjiang musulman, est brûlante. La place faite à la charia est, dans tous ces cas, extrêmement dépendante du caractère pluraliste ou jacobin de l’Etat, de sa reconnaissance ou non de la personnalité des lois (particulièrement dans le domaine de la famille) et de son adhésion aux grands principes relatifs aux droits humains (liberté de conscience, liberté de culte, liberté d’association). Les systèmes judiciaires ne sont cependant pas marqués par cette présence minoritaire, sinon dans le domaine du droit personnel où des juridictions propres aux musulmans peuvent avoir été consenties par l’Etat.

Les expériences africaines au sud du Sahara sont, elles aussi, variées. Il y va bien sûr de l'héritage colonial, avec un contraste marqué entre les pays influencés par la Common Law britannique et ceux qui s'inscrivent dans la descendance napoléonienne, entre ceux dont le fédéralisme autorise une extrême diversité juridique et ceux dont le centralisme se veut essentiellement laïc. La conséquence en est que la charia y est tantôt érigée en droit substantiel, comme dans les Etats du nord du Nigéria, tantôt confinée à une incidence indirecte, comme au Sénégal. A chaque situation correspond un système judiciaire spécifique, le plus souvent exempt de toute influence directe de la normativité islamique (sauf, une fois encore, dans le domaine du statut personnel).

CHAPITRE 7

L'INVENTION DU DROIT MUSULMAN

Ce qu'on appelle « droit musulman » ne correspond pas à une réalité aussi ancienne que l'islam lui-même. L'idée de transformer la normativité islamique en droit et, particulièrement, en droit codifié est le résultat d'une invention qui plonge ses racines dans l'irruption européenne sur la scène musulmane. Ce sont les savants orientalistes et les administrateurs coloniaux, d'une part, et les gouvernants musulmans et les nouvelles élites modernisantes, de l'autre, qui ont cherché dans la normativité et la doctrine islamiques ce qui était susceptible d'être coulé dans le moule d'un droit positif de facture napoléonienne. Le fait est que cette greffe a fait souche et qu'aujourd'hui, la notion de droit musulman fait partie de l'horizon ordinaire et normal de la pensée politique et juridique dans les sociétés à majorité musulmane, mais aussi là où une forte minorité musulmane s'est affirmée.

Quelques auteurs ont attiré l'attention sur le risque qu'il y avait à utiliser le langage du droit, tel qu'il est compris dans le contexte contemporain, pour désigner l'ensemble des pratiques discursives ayant entouré la révélation de la Loi islamique et le développement de sa normativité. Ainsi, Norman Calder fait-il remarquer que « les connotations de l'expression 'droit islamique' sont en partie le produit des perceptions occidentales (…) ensuite réintroduites dans les sociétés musulmanes sous des formes linguistiques (variées) »[90]. Wael Hallaq considère, pour sa part, que « parler de criminalité et de droit pénal dans le contexte islamique ne revient pas juste à injecter dans la charia prémoderne des notions qui ne lui appartiennent qu'en partie, mais aussi lui attribuer des notions qui furent conçues différemment en termes aussi bien de fonction que de structure »[91]. Le fait est, cependant, que la logique est rarement suivie jusqu'à son terme, à savoir la répudiation du terme « droit » et de son vocabulaire pour traiter de ce qui précède les transformations du 19e siècle. Ce faisant, l'ambiguïté persiste et, avec elle, les risques profonds d'anachronisme et, pire encore, d'erreurs de catégorie.

La notion de « droit musulman » est une construction scientifique ayant servi à comprendre le phénomène de la normativité dans les sociétés musulmanes. Ce phénomène existait bel et bien avant que la science orientaliste ne s'y intéresse, mais pas la catégorie. Je vais m'attacher à donner un aperçu de la façon dont s'est développée et propagée cette nouvelle façon, tout d'abord occidentale, d'appeler pour la comprendre la normativité islamique, avant d'être intégrée et diffusée dans les sociétés musulmanes actuelles. L'enseignement et les recherches ont largement contribué à la diffusion de cette vision positiviste de la normativité islamique, de même, bien sûr et surtout, que la pratique législative et judiciaire des Etats postcoloniaux.

Une invention administrative et académique

Les études sur le droit musulman ont vraiment commencé en Occident au tournant des 18e et 19e siècles. Il existait un lien net entre savoir et pouvoir, dans la mesure où la demande de connaissance du droit local trouvait son élan dans l'expansion européenne. A la fin du 18e siècle, les pouvoirs européens, ne se contentant plus du commerce avec des comptoirs implantés en terre étrangère, avaient commencé à coloniser l'outre-mer, ce qui impliquait de gouverner les peuples colonisés. Pour asseoir leur pouvoir et maintenir l'ordre social, les gouvernements européens avaient besoin d'en savoir plus sur les normes locales, quitte à rapporter à des catégories occidentales des questions qui, *a priori*, n'étaient pas formulées dans ces termes.

---

[90] N. Calder, "Law: Legal Thought and Jurisprudence", *Oxford Encyclopaedia of the Islamic World*, v.3, p.381.

[91] Wael Hallaq, *Sharî'a: Theory, Practice, Transformations*, Cambridge, Cambridge University Press, 2009, p.308.

Des linguistes et des juristes anglais furent parmi les premiers à s'entretenir avec des savants locaux sur les normes des hindous et des musulmans. Quelques décennies plus tard, des arabisants et des militaires français procédaient à des enquêtes en Algérie sur les lois indigènes en vigueur. A la même époque, des érudits néerlandais s'efforçaient de comprendre quelles étaient les normes qui régissaient la vie des indigènes en Indonésie. Ces enquêtes, d'ordre pratique, qui portaient sur des faits perçus comme de nature juridique, étaient liées au grand projet de l'orientalisme naissant : collectionner, décrire et comprendre les civilisations lointaines. Cela se fit en parallèle de l'émergence des études philologiques, historiques et ethnologiques en tant que disciplines académiques sérieuses. Ainsi les études des chercheurs issus des pays colonisateurs faisaient-elles partie d'un plus large projet de « découverte » de l'islam et du droit musulman.

Pour répondre à ces questions sur le « droit local » (souvent désigné sous le nom d'« indigène »), des chercheurs métropolitains et locaux – ces derniers étant souvent engagés dans l'administration coloniale – ont recouru à des approches philologiques, historiques, ethnographiques et juridiques. Dès le début, la question fut débattue de savoir ce qu'était le « droit », et ce qu'il devait être. Le savoir n'était pas seulement une question de description et d'analyse, mais aussi de normativité définie par le positivisme juridique occidental. La question sur la relation entre théorie et pratique, centrale dans les études occidentales sur le droit musulman, trouve son origine dans ces débats savants et politiques initiés au 19e siècle.

Un exemple de l'entrelacement précoce des questions scientifiques et pratiques nous amène aux Pays-Bas, que la colonisation de l'Indonésie et surtout de Java et de Sumatra avait rendus sensibles au thème du « droit musulman ». Après le départ des Anglais, en 1814, les administrateurs néerlandais savaient très peu de choses sur l'islam et les normes islamiques, parce qu'ils n'étaient, jusqu'alors, guère impliqués dans la gestion des communautés indigènes. La politique évolua, toutefois, à mesure que s'imposait l'idée d'un vrai gouvernement colonial tenu de maintenir l'ordre public et de rendre la justice en appliquant les normes locales. Le gouvernement néerlandais créa à Delft et à Leyde des institutions chargées de former les administrateurs coloniaux. En 1844, l'arabisant Meursinge (m.1850) publia le premier manuel de droit musulman aux Pays-Bas. C'était une sorte d'adaptation d'un manuscrit malais rédigé en caractères arabes, écrit par un savant originaire d'Aceh. Ce texte fut employé comme manuel pour enseigner le droit musulman aux élèves de l'Institut colonial, à Delft. Dès cette époque, l'apprentissage des langues (malais et arabe) et l'étude de l'islam étaient étroitement liées dans le cursus de formation des administrateurs coloniaux.

Le successeur de Meursinge, Salomo Keyzer (m.1868), avait étudié l'hébreu et la Loi israélite avant d'entreprendre à Leyde l'étude du droit, de l'arabe et de l'islam. Comme son prédécesseur, il ne fit jamais le voyage des Indes néerlandaises. Avant tout philologue, il réalisa un grand travail de traduction et d'explication des classiques de l'école chafiite, en néerlandais comme en français, la langue savante de l'époque. En 1853, il publia une introduction au droit musulman, la première en néerlandais, principalement destinée à ses élèves à Delft. Keyzer soulignait l'importance de la connaissance de l'« islam pur », qu'il contrastait avec les « aberrations » des pratiques de la vie quotidienne en Indonésie. Il encourageait de même l'étude, par les futurs administrateurs coloniaux, de l'arabe. A son avis, le droit des musulmans indonésiens était consigné dans la doctrine des savants musulmans, le *fiqh*, dont il assurait l'enseignement des textes dans leur ordre classique de présentation. Il avait recours au travail des chercheurs français sur l'école malikite, en Algérie, comme modèle pour la politique coloniale néerlandaise.

Des administrateurs coloniaux résidant en Indonésie s'engagèrent dans des polémiques avec Keyzer. Pour eux, le droit réel se trouvait plutôt dans les pratiques des indigènes, dans leurs coutumes locales, qui étaient fort différentes des normes stipulées par les savants musulmans et variaient d'un endroit à l'autre. De leur point de vue, l'enseignement destiné aux futurs administrateurs coloniaux devait plutôt se concentrer sur les coutumes, les interprétations locales et les langues indigènes, au lieu du droit musulman pur et universel et de l'arabe classique. Ces polémiques se prolongèrent durant des décennies. L'arabisant et islamologue Christiaan Snouck Hurgronje (m.1936) y participa, dans les années 1880. A son retour à Leyde, en 1906, Snouck Hurgronje imposa, en étroite collaboration avec le juriste Cornelis van Vollenhoven (m.1933), la doctrine de l'*adatrecht*, le « droit coutumier » indonésien, comme vulgate académique aussi bien qu'administrative. Dans cette doctrine, ces deux savants soulignaient l'écart considérable entre le droit musulman des textes et les coutumes locales, et considéraient que l'étude des textes normatifs devait toujours être complétée par des travaux de terrain sur les pratiques indigènes. Des chercheurs, guidés dans leur travail par questionnaire détaillé, compilèrent les coutumes locales et en produisirent des descriptions savantes à l'usage des juges et administrateurs coloniaux comme des universitaires. Leurs recherches, réunies dans des recueils de droit coutumier, transformèrent ainsi les coutumes (*adat*) en « droit coutumier » (*adatrecht*).

Cette doctrine devint le canon des communautés musulmanes d'Indonésie avec le manuel de Theodor WillemJuynboll (m.1945) sur le droit musulman, dans lequel l'auteur juxtaposait systématiquement les normes classiques de l'école chafiite et les différentes coutumes locales. Ce manuel remplaça les ouvrages précédents, qui mettaient l'accent sur les doctrines orthodoxes des savants musulmans. Pendant un demi-siècle, tous les administrateurs coloniaux durent apprendre par cœur la vulgate coloniale de Juynboll. Jusqu'à récemment, ce manuel constituait le texte fondamental en néerlandais pour l'enseignement de l'islam et du droit musulman.

Le positivisme des catégories nouvelles

Les chercheurs n'étant pas d'accord sur la question des normes réellement en vigueur, l'objet des recherches sur les normes indigènes musulmanes était large. Pour Keyzer, par exemple, les vraies normes se trouvaient dans l'« islam pur », c'est-à-dire les ouvrages de doctrine. Pour d'autres, il s'agissait d'aller voir du côté de la pratique coutumière. Il n'y avait pas non plus de séparation claire des disciplines : l'étude des langue, du droit, de l'ethnologie et de l'histoire étaient combinées. La ligne de partage se situait davantage entre les hommes de la pratique, qui faisaient du terrain et fournissaient la matière première aux savants, et ces derniers qui, dans leur cabinet de travail, la distillaient en vrai savoir.

La perspective juridique dominait néanmoins. La conception des normes indigènes suivait les évolutions de la pensée juridique d'Europe continentale, marquée par la législation nationale et la codification napoléonienne. C'est aux chercheurs qu'incombait la responsabilité de décider si une norme devait être élevée au niveau du « droit » ou non. Les études, de terrain ou en chambre, constituaient un premier stade de transformation des normes en droit. Ces avis doctes, quand ils étaient entérinés au niveau politique, devenaient le nouveau droit des administrateurs coloniaux et parfois même des « indigènes » concernés.

Les raisons de ce positivisme juridique, qui menait à un ethnocentrisme conceptuel flagrant, sont multiples. Beaucoup d'administrateurs coloniaux avaient reçu une formation juridique. De même, un nombre considérable de savants avait combiné étude des langues orientales et étude du droit. Plusieurs ethnologues des premiers temps étaient à l'origine des juristes. Il faut se souvenir que le discours juridique était, au 19ème siècle, prépondérant dans l'analyse des sociétés

de métropole. Cette vision normative des processus sociaux était étroitement liée au processus même de formation des États nationaux, qui dominait l'histoire européenne de l'époque. En ce sens, positivisme juridique européen et doctrine musulmane présentaient une homologie structurelle, celle d'approches normatives cherchant à comprendre la société et à la gouverner, visant à être des modèles de la société et pour la société. La vision européenne du droit conduisait toutefois à occulter les différences au profit de l'imposition du modèle positiviste, ce qui aboutit à l'introduction de nouvelles catégories analytiques, telles que « statut personnel », « droit pénal », « droit public » et « droit privé », inconnues jusqu'alors des savants musulmans.

Christiaan Snouck Hurgronje, qui n'était pas juriste de formation, critiquait sévèrement cette conception ethnocentrique. Avec lui, la division du travail entre recherche de terrain et recherche en chambe, et entre textes et pratiques, s'estompa. Connaisseur des textes normatifs de langue arabe, il pratiquait plusieurs langues parlées dans le monde musulman. Son séjour sur le terrain au Hijaz et en Indonésie lui permit de recueillir des données ethnographiques très riches. Payé par le gouvernement colonial néerlandais pour collecter des renseignements utiles, il combinait recherches savantes et action politique. A son retour aux Pays-Bas, en 1906, il débuta une nouvelle vie de professeur, à l'Université de Leyde. Il resta néanmoins très engagé dans les questions coloniales, avec son ami et voisin Cornelis van Vollenhoven. Non seulement developpèrent-ils la doctrine de l'*adatrecht*, mais aussi l'idéal d'une « politique éthique » envers l'Indonésie, qui impliquait un engagement dans l'éducation d'une élite indonésienne. Ils eurent plusieurs doctorants indonésiens.

Dans ses travaux, Snouck Hurgronje souligne le caractère original de la normativité islamique. Celle-ci, principalement représentée par le *fiqh*, qu'il traduisait par le terme de *plichtenleer* (doctrine des obligations), est pour lui davantage une déontologie qu'un système juridique, assez semblable en ce sens à la Loi israélite. Préconisant l'emploi de termes arabes au lieu de traductions en langues européennes, afin de montrer le caractère original des catégories normatives islamiques, il se disait totalement opposé à la codification de cette normativité, parce qu'il considérait cette opération contraire à son « esprit ». Cette conception déontologique se transmit par Joseph Schacht (m.1969) et Georges-Henri Bousquet (m.1978), qui n'étaient pas des juristes de formation non plus. Ils n'en utilisèrent pas moins l'expression « droit musulman » dans le titre de leurs introductions et essais.

L'emploi de la notion de « droit musulman » impliquait une conception tout à fait nouvelle de la normativité islamique. C'est pour cela que je parle, avec Léon Buskens, d'« invention »[92]. Cette conception positiviste était étrangère à la vision que les savants musulmans avaient de leur propre tradition, mais elle est devenue dominante dans le monde actuel, dans une mesure telle qu'on enseigne aux étudiants le « droit musulman » et la « législation islamique » et qu'on œuvre à leur introduction dans les États musulmans contemporains.

Collaborateurs « indigènes » et techniques du savoir

Le droit musulman a été inventé par des savants européens au 19e siècle, mais ils ne l'ont pas fait seuls. Leur travail, qu'ils présentaient sous forme de découverte, n'a été possible qu'à l'aide de collaborateurs locaux. Ces informateurs étaient beaucoup moins visibles que leurs commanditaires occidentaux pour qui ils recueillaient matériaux et renseignements. Se procurer

[92] Léon Buskens et Baudouin Dupret, « L'Invention du droit musulman. Genèse et diffusion du positivisme juridique dans le contexte normatif islamique », in F. Pouillon et J.C. Vatin (dir.), *L'Orient créé par l'Orient*, Paris, Karthala, 2011.. Ce chapitre est une version remaniée du travail mené conjointement avec Léon Buskens.

des textes de doctrine n'était pas chose aisée. Souvent, le rôle d'informateur allait de pair avec des services d'interprète, de traducteur, d'assistant de recherches, de conseiller. Certains travaillaient comme drogmans pour les consulats et combinaient leur connaissance des langues orientales avec une expertise des normes en vigueur. Plus tard, des institutions coloniales furent expressément créées pour la transmission du savoir et la formation des cadres. Les institutions chargées du maintien de l'ordre, comme les bureaux d'affaires indigènes et les tribunaux, dépendaient aussi de la collaboration des indigènes ayant une connaissance des langues, cultures et normes locales.

La perspective orientaliste, qui transformait la normativité islamique en droit musulman, devint tout à fait naturelle, pour les collaborateurs orientaux, du fait de leur pratique quotidienne de l'administration coloniale. Ils assimilèrent ainsi une nouvelle vision de leur société et de ses normes. Leur production scientifique était moins visible parce que ce n'était pas à eux que revenait le privilège de rédiger les manuels et synthèses faisant autorité. Ils étaient davantage confinés à l'édition de textes, documents, lettres et actes en facsimilé, avec traduction et lexique, à la rédaction de manuels de pratique judiciaire ou à la traduction de textes classiques. Ensuite, il y eut de plus en plus de juristes soutenant des thèses sur le droit musulman, dans leur pays d'origine ou en métropole. Quelques-uns parmi eux devinrent fameux. Ainsi en va-t-il de ‘Abd al-Razzaq al-Sanhuri (m.1971), qui reçut une éducation islamique et obtint une licence en droit en Egypte, avant de soutenir deux thèses à la faculté de droit de Lyon, l'une sur le droit anglais et l'autre sur l'abolition du califat. Il devint le grand architecte de la codification du droit civil au Moyen-Orient, qu'il voulait fonder sur les héritages juridiques islamique, romain et français.

La vie et l'œuvre de Pangeran Ario Hoesein Djajadiningrat (m.1960) offrent un autre exemple de l'internalisation de l'approche occidentale de la normativité islamique. Issu d'une famille noble et savante de Banten (Java), il fut le premier Indonésien à soutenir une thèse aux Pays-Bas, sous la direction de Snouck Hurgronje. De retour en Indonésie, il fut nommé chargé de recherches sur les langues indonésiennes, puis assistant en recherches sur l'islam et, en 1920, il fut nommé conseiller adjoint aux affaires indigènes. C'est en cette qualité qu'il composa de nombreux rapports officiels sur des questions islamiques. A la création de l'Ecole de droit à Batavia, en 1924, il fut nommé professeur de droit musulman et de langues indigènes. Il partageait la conception du droit musulman de Snouck Hurgronje. En 1926, Hoesein Djajadiningrat publia un rapport sur la réforme de la justice islamique en Indonésie, qui aboutit, en 1938, à la création d'une Cour suprême islamique. Plus tard, il fut nommé à des postes politiques importants dans l'administration coloniale. Après l'indépendance, en 1951, il fut nommé professeur d'islam et d'arabe à l'Université nationale de Jakarta.

Les collaborateurs orientaux étaient formés en droit, à l'européenne, et leur conception de la normativité islamique procédait directement de ce positivisme. Pour eux, la notion de « droit musulman » allait de soi. Bien qu'appartenant parfois aux élites locales, les collaborateurs étaient le plus souvent issus de minorités, comme les juifs au Maghreb ou les chrétiens au Levant, qui étaient engagés comme drogmans. Leur statut marginal rendait le contact avec les étrangers à la fois plus facile et nécessaire à leur survie, ce qui rappelle l'expression de Disraeli, reprise par Edward Said en entame d'*Orientalism* : « The East is a career ». Il ne s'agissait pas seulement d'une carrière sociale leur permettant de gagner leur vie et d'avancer socialement, mais aussi d'une transformation culturelle de leur façon de comprendre leur propre société en l'expliquant aux colonisateurs étrangers. Leur culture était en quelque sorte hybride, métisse et marquée par l'orientalisme conceptuel. En s'occidentalisant, ces collaborateurs se sont orientalisés, par l'internalisation de nouvelles conceptions et de techniques de savoir, ce qu'Edward Said a appelé l'« orientalisme de l'intérieur ».

Les chercheurs européens introduisirent aussi des techniques de savoir et des formes de textualité qui étaient courantes dans les études juridiques en Europe. Leurs collaborateurs locaux les adoptèrent, en même temps que la nouvelle conception d'un droit musulman. Une innovation majeure était l'utilisation de textes imprimés au lieu de manuscrits, la forme traditionnelle des ouvrages de *fiqh*. Pendant des siècles, les savants musulmans s'étaient opposés à l'impression des textes religieux. Après l'expédition de Napoléon en Egypte, la situation changea, les textes imprimés se révélant indispensables aux nouvelles formes d'administration et d'enseignement. Dès lors, la mise en page et l'organisation des textes changèrent d'une façon radicale.

La forme du livre imprimé était idéale pour les monographies, les thèses et les manuels, de même que les éditions de textes, parfois accompagnées d'une traduction en langue européenne. Les manuels étaient les outils principaux pour l'enseignement. Ils servaient aussi d'ouvrages de référence, de recueils de lois, de coutumes ou de jurisprudence. Une bibliothèque bien remplie servait de source de connaissance et d'autorité. Dans la culture juridique orientaliste, par ailleurs, les revues jouaient un rôle très important pour la communication entre savants, praticiens et politiciens. Les revues du 19ème et du début du 20ème siècles étaient pleines de débats sur des questions de théorie et de pratique. Les revues étaient aussi expressément destinées aux collaborateurs indigènes. Enfin, les brochures étaient une forme intermédiaire entre livres et revues, et aussi importante dans le développement des connaissances sur le droit musulman. Les gouvernements les employaient pour la diffusion des normes, sous forme de lois ou de circulaires. Des particuliers se servaient de brochures pour faire circuler leurs idées, polémiques et pamphlétaires entre autres. Des tirés-à-part permettaient aux auteurs de déborder le cercle des seuls abonnés.

Avec cette nouvelle technologie, de nouvelles façons de penser la normativité se sont répandues. En outre, tandis que, dans la science du *fiqh*, la langue par excellence était l'arabe classique, avec parfois une place secondaire pour les langues locales, l'étude orientaliste du droit musulman conféra une place prépondérante aux langues européennes. Les collaborateurs locaux qui voulaient faire carrière dans l'administration ou dans la sphère académique devaient s'exprimer dans les langues et les termes conceptuels de ce savoir orientaliste. Il fallait aussi publier ces travaux, dans les maisons d'édition locales, surtout dans les capitales coloniales comme Rabat, Alger, Tunis et Batavia, mais surtout chez des éditeurs métropolitains, à Leyde, Paris ou Londres, si l'on voulait se faire un nom dans le monde universitaire et gouvernemental.

Traditions régionales et paradigme égyptien

La compréhension orientaliste du droit musulman était guidée par les expériences régionales de colonisation. Dans chaque région, les chercheurs entreprenaient de « découvrir » les configurations spécifiques de coutumes et de règles imposées par des princes locaux. Par exemple, une notion clé pour la compréhension de la normativité islamique au Maroc était le *'amal*, pratique judiciaire transformée en norme, « découverte » par Louis Milliot (m.1961) et fixée en canon. Pour l'Algérie, c'est le « droit kabyle » construit par Hanoteau et Letourneux qui s'imposa. Dans les Indes britanniques, l'Anglo-Muhammadan Law fut développée dans la pratique judiciaire et législative. Les chercheurs néerlandais, quant à eux, acquirent la conviction que les sociétés indonésiennes pouvaient être comprises et gouvernées grâce à leur connaissance des coutumes, transformées en *adatrecht* par leurs travaux et une opération de validation politique. Cornelis van Vollenhoven n'en fit pas seulement la synthèse magistrale,

mais il raconta aussi l'histoire héroïque d'une « découverte » censée avoir rendu justice aux peuples placés sous la tutelle néerlandaise[93].

Ces appréhensions régionales du droit musulman et de sa relation aux coutumes étaient marquées par les traditions nationales de gouvernance et de science juridique. Ainsi l'image du droit musulman maghrébin chez les auteurs français reflète-t-elle la conception française de droit positif, tandis que l'Anglo-Muhammadan Law procède manifestement de la Common Law anglo-saxonne. Et ceci, en dépit du fait que les orientalistes considéraient qu'ils formaient une communauté internationale de savants avec des conventions partagées. Certains savants s'efforçaient d'ailleurs dépasser ces clivages régionaux et nationaux. René Maunier (m.1951) fit de l'ethnologie du droit au Maghreb et en Egypte, et Georges-Henri Bousquet, à qui l'on doit nombre de recherches importantes sur la normativité islamique classique, la pratique, les coutumes et la société en Algérie et au Maroc, fit aussi, du fait de sa maîtrise du néerlandais, des recherches sur la politique coloniale en matière d'islam en Indonésie.

On peut faire remonter à 1876, date de la création des tribunaux mixtes, eux-mêmes dotés de codes spécifiques conçus par un juriste français, et de 1883, date de la création des tribunaux indigènes, également dotés de codes rédigés par un Italien et un Français, le moment de l'entrée effective de l'Egypte dans la famille du droit français. C'était l'aboutissment d'un petit siècle de « modernisation » du droit égyptien. Le 19e siècle avait en effet vu se multiplier les efforts des gouverneurs, vice-rois et khédives pour faire prendre au système juridique et judiciaire une coloration « moderne », c'est-à-dire avant tout occidentale. L'introduction des changements à la fois juridiques et judiciaires débuta sous le règne de Mehmet Ali et se poursuivit avec ses successeurs. Le moyen utilisé à cette fin fut celui du *qanun*, terme à comprendre pour cette époque par règlement administratif. C'est ainsi que furent établis de nouveaux ministères, des conseils aux compétences judiciaires et des tribunaux, en ce comprise une Haute Cour pour les affaires civiles (*majlis al-ahkam*). De nouvelles lois furent promulguées. La progressive sujétion de l'Egypte aux contraintes du commerce international et de l'impérialisme occidental déboucha sur l'instauration de tribunaux de marchands (*majlis tujjar*) utilisant avocats et législation français. Ce fut ensuite le tour des tribunaux mixtes et des tribunaux indigènes. Parallèlement, les tribunaux de la charia continuaient de fonctionner pour les questions touchant au statut personnel et, au début, pour les matières pénales. Ces tribunaux furent toutefois progressivement dépouillés de leurs compétences pour finalement être absorbés, en 1956, par le système des cours et tribunaux nationaux. Notons aussi la fondation d'un Conseil d'Etat (*majlis al-dawla*), calqué sur le modèle français, ou encore d'une Cour constitutionnelle (*mahkama dusturiyya 'ulya*).

En matière de droit positif, la première idée fut de codifier la charia, à l'image de la *Mecelle* ottomane de 1869-1876, ce qui explique le travail entrepris par Qadri Pacha (ministre de la Justice de 1879 à 1882). La conviction existait à l'époque qu'il fallait structurer les tribunaux indigènes de telle façon que les Européens puissent s'y fier, ce qui allait de pair avec une mise en question de l'opportunité d'une codification de la charia et de son adéquation aux coutumes et pratiques transactionnelles des gens, qu'ils soient égyptiens ou étrangers. Les tribunaux mixtes restèrent longtemps en activité et leurs codes furent très largement reproduits à l'intention des juridictions indigènes, ce qui explique que le droit civil égyptien ait été composé de lois calquées sur le modèle français et reproduisant cette conception du droit. Ce phénomène fut renforcé par le rôle des juges d'origine européenne qui occupèrent longtemps (jusqu'à la Convention de Montreux de 1937) les sièges des tribunaux mixtes.

---

[93] Cornelis van Vollenhoven, *De ontdekking van het adatrecht* ("La découverte du droit coutumier *adat*").

Ce phénomène de transfert technologique s'est également traduit par l'apparition d'une catégorie de professionnels égyptiens du droit, de même que par le développement d'un enseignement du droit dit moderne. C'est ainsi que la proportion des juges égyptiens au sein des tribunaux mixtes alla grandissant. De nouveaux vocables apparurent, comme celui d'avocat (*muhami*), qui semble avoir été utilisé pour la première fois en 1888 dans un texte réglementant les juridictions indigènes. Ces vocables accompagnaient l'émergence de nouvelles fonctions. Les associations professionnelles leur correspondant apparurent dans la foulée (comme le Syndicat des avocats, en 1912). L'enseignement du droit moderne fut, pour sa part, d'abord le fait de l'Ecole des langues (*madrasa al-alsun*), fondée en 1836 et un temps dirigée par le très célèbre réformiste Rifa'a al-Tahtawi, fermée sous le règne du khédive 'Abbas puis rouverte en 1868 sous le nom d'Ecole d'administration et des langues (*madrasa al-idara wa-l-alsun*), enfin renommée Ecole de droit (*madrasa al-huquq*), en 1886. Cette institution fut intégrée à l'Université du Caire naissante, en 1925, en tant que Faculté de droit. L'Ecole de droit eut à sa tête, jusqu'en 1907, des directeurs français (le dernier étant Edouard Lambert, comparatiste célèbre de l'Université de Lyon). En dépit de la présence anglaise toujours plus marquée, l'influence française perdura, du fait de la nature même du système juridique mis en place et aussi par le biais de l'Ecole française de droit, ouverte en 1890. De plus, une véritable tradition de séjour doctoral en France fut inaugurée à cette époque, qui se prolonge jusqu'aujourd'hui. Les personnalités les plus fameuses du monde juridique égyptien sont presque toutes sorties de ce moule.

La réception de la conception positiviste du droit, inaugurée par le code officieux de Qadri Pasha et la promulgation de la *Mecelle*, se poursuivit dans les Etats indépendants, avec les codifications de Sanhuri en Egypte, en Irak et dans d'autres pays du Levant. Cette vision positiviste du droit musulman est plus vivante que jamais, les expériences de codification se multipliant, comme en Iran et en Indonésie. On la retrouve dans l'enseignement en faculté de droit, dans les pays musulmans comme en Europe. Pour bien mesurer la portée de ces bouleversements aux plans législatif et judiciaire, on peut poursuivre l'examen du droit égyptien. Au premier niveau, la référence à l'islam ne s'inscrit plus dans la perspective du *fiqh*, mais dans celle d'une institution parlementaire chargée de l'adoption des lois dans un Etat musulman. Sous la coupole du parlement égyptien, cette référence est omniprésente, mais sous une forme particulière, plus discursive que juridique et technique. Ce qui apparaît ici, c'est que la norme islamique n'acquiert son autorité que dans le corset de la procédure parlementaire, avec entre autre ses règles de parole, de vote et de majorité. La pertinence coranique peut imposer la rhétorique des débats, mais elle s'avère insuffisante pour en déterminer l'issue législative. Au niveau judiciaire, on peut observer, par ailleurs, qu'à l'endroit même où elle est supposée massive et écrasante, à savoir le droit du statut personnel, la référence au droit musulman est loin d'apparaître systématiquement. Cette question ne procède, dans le domaine du droit, ni du poids que la tradition scientifique semble vouloir imputer à la référence islamique ni des voies exceptionnelles que son expression est présumée suivre. En d'autres termes, la référence explicite à l'autorité de l'islam est occasionnelle. Cette référence est, de plus, toujours médiatisée par le recours aux sources premières du droit positif égyptien d'aujourd'hui : la loi et la jurisprudence. Elle s'inscrit donc dans la banalité et la routine de l'accomplissement pratique de l'activité du juge qui consiste, avant toute autre chose, à qualifier juridiquement des faits qui lui sont soumis. Ce faisant, le juge s'attache sans doute à manifester sa capacité à juger correctement, selon les standards de la profession, les contraintes formelles qui s'appliquent à son exercice, les sources juridiques sur lesquelles elle s'appuie et les normes du travail interprétatif qu'elle suppose, plutôt qu'à réitérer le primat islamique du droit qu'il met en œuvre.

Positivisme et codification : la nouvelle économie de la normativité islamique

La conception orientaliste du droit musulman s'est prolongée jusqu'à nos jours. Depuis son invention, elle a été reproduite, de génération en génération, en Occident comme en Orient. Elle a été en quelque sorte naturalisée, aux yeux des chercheurs comme des musulmans, si bien que parler de « l'invention du droit musulman » peut aujourd'hui sembler sacrilège. Il existe une critique de l'acception orientaliste du droit musulman, mais elle porte plus sur des points historiques que sur les aspects épistémologiques de la notion, alors pourtant que ceux-ci sont fondamentaux. Les études occidentales de la normativité dans les sociétés islamiques sont déterminées par des notions et des outils dont les racines sont occidentales et coloniales. La question des relations entre théorie et pratique du droit, par exemple, remonte aux débats du 19e siècle. Elle continue de structurer jusqu'à présent, en termes de « droit musulman », les recherches occidentales sur la normativité islamique[94].

Dans le monde musulman, ces notions furent d'abord reproduites dans l'enseignement et l'administration du droit en contexte colonial. La gestion des immigrés musulmans en Europe occidentale en est encore aujourd'hui imprégnée. A l'époque coloniale, il y eut des tentatives de codification du droit musulman, à l'image du Code Morand en Algérie ou du Code Santillana en Tunisie, qui étaient guidés par cette vision positiviste. Si Snouck Hurgronje était opposé à ces essais de codification (*taqnin*), contraires selon lui à l'esprit de la normativité islamique, il demeura relativement isolé. Le droit coutumier connut, pour sa part, une évolution comparable et fut aussi l'objet de nombreuses tentatives de codification.

Sous l'influence du droit napoléonien, la place de la charia a également évolué, bien qu'à un rythme décalé. D'un côté, la part de la Loi musulmane n'a cessé de se restreindre, en ce sens que les règles substantielles du droit n'ont progressivement plus été dérivées du corpus du *fiqh*. De l'autre, on a pu observer, dans les domaines encore régis officiellement par la charia, une tendance à adopter des techniques juridiques nouvelles, qu'il s'agisse de la codification ou des modes d'examen par le juge. A première vue, on pourrait croire que ce ne sont que des changements de forme, qui laissent donc intact le cœur de la normativité islamique. Ce serait toutefois mésestimer l'incidence qu'un changement d'économie et d'épistémologie peut avoir sur la nature même des règles applicables. Il n'est en effet pas indifférent que l'identification de la règle de droit soit le fait d'un travail doctrinal et jurisprudentiel, ou bien la résultante d'un processus législatif. Les modalités de la révision de la norme, pour ne prendre qu'elles, en sont étroitement tributaires. Il n'est pas non plus indifférent que soient mis en place des mécanismes d'appel contre la décision d'un juge et, plus encore, des recours en cassation ouvrant à l'examen de la règle de droit : c'est ici que le basculement épistémologique se révèle dans sa plus grande clarté.

S'ajoute à tout cela un phénomène central dans l'évolution juridique des pays musulmans. Si la charia et la doctrine, dans leur forme classique, ont très largement disparu, le droit référé à l'islam, c'est-à-dire un droit positif s'inscrivant, dans le jeu des sources et de la référence, sous l'égide de la charia, a émergé et s'est très largement imposé. L'immense majorité des constitutions des pays musulmans accordent une place au droit musulman, sous une appellation ou une autre, ce qui impose un travail de conformité et de conformisation, non pas tant aux dispositions substantielles qu'à un référentiel éthique. D'où la part toujours plus grande occupée par des notions telles que l'« ordre public » islamique, dans lesquelles la technique juridique cède le pas à des jeux d'appréciation de l'air sociopolitique du temps.

[94] Le titre de la revue la plus importante pour les recherches universitaires dans ce domaine, *Islamic Law and Society*, fondée en 1994, en offre encore un exemple.

Même dans les situations où la normativité islamique se trouve « à nouveau » projetée au centre du système juridique, cela se fait selon des modalités institutionnelles, procédurales et référentielles partiellement ou totalement différentes de ce qu'elles étaient – mettons !– à la fin du dix-huitième siècle. Le retour à la charia ne consiste jamais en ce voyage utopique rêvé par les tenants de l'authenticité et de la tradition, mais en l'imposition d'un droit exclusivement référé à l'islam et, pourtant, de part en part traversé par les dynamiques juridiques d'un monde globalisé. On peut en conclure à la dilution du droit islamique dans l'ordre constitutionnel moderne et à la positivisation de la règle juridique islamique. Il est indubitable que les expériences contemporaines d'intégration de la charia dans le corps juridique des Etats-nations se sont déroulées de manière telle qu'on peut parler de bouleversement de l'économie et de l'épistémologie de la normativité islamique, c'est-à-dire de transformation de l'équilibre général, des fondamentaux et des sources et références sur lesquels cette dernière repose. C'est vrai à un niveau institutionnel, avec la mise en place d'édifices constitutionnels consacrant la séparation des pouvoirs, la hiérarchie des juridictions, le principe législatif, la représentation populaire, et les droits et libertés fondamentaux. C'est également vrai à un niveau substantiel, les normes applicables étant largement formulées par voie de codification, non pas tant dans la continuité doctrinale avec le *fiqh* que dans l'évitement de la contradiction flagrante avec celui-ci.

Le droit musulman, en tant que catégorie scientifique et normative, est une invention juridique orientaliste très largement imprégnée par la notion occidentale de droit positif. On pourrait dire, à la suite Jacques Derrida, qu'il s'agit d'une « violence » conceptuelle et épistémologique, sauf que les savants et juristes d'Orient ont largement participé au processus – et pas seulement dans des situations de domination coloniale. Ce fut une invention académique, politique et pratique. Plongeant ses racines au 19e siècle, la notion a connu une postérité qui ne s'est jamais démentie jusqu'à présent.

Il y eut des chercheurs occidentaux pour critiquer cette appréhension positiviste de la normativité islamique. De formation philologique plutôt que juridique, ces savants comparaient le *fiqh* à la *halakha* juive et recouraient souvent à l'expression de « Loi musulmane ». Il n'en demeure pas moins que la notion de « droit musulman » s'est répandue au point de, finalement, s'imposer à la plupart des savants, administrateurs, politiciens et usagers. Son succès s'explique largement par l'émergence de l'État-nation moderne.

L'idée d'une « découverte » plutôt que d'une « invention » du droit musulman est erronée ; elle faisait partie de la rhétorique des savants européens voulant faire accroire que leurs catégories correspondaient à la réalité. D'un point de vue historique, il s'agit bien d'une nouvelle conception de la normativité dans les sociétés islamiques et donc de la création d'une catégorie scientifique et politique, qui n'existait pas comme telle auparavant. La création de cette catégorie nouvelle doit se comprendre en parallèle avec l'invention du droit coutumier d'outre-mer. Les études sur le droit musulman constituent un savoir de nature pratique, qui servait et sert encore à gouverner. Il s'agit aussi d'un savoir normatif où prédomine le « devrait être ». Il ne s'agit qu'en dernier lieu d'un savoir académique. C'est un savoir intimement lié à l'exercice du pouvoir. Il est donc utile de le déconstruire, entre autres en en faisant la généalogie.

CHAPITRE 8

LA CHARIA DANS LES DROITS CONTEMPORAINS

Pour parler du droit des pays dont la société est de confession majoritairement musulmane, il est devenu difficile d'utiliser le qualificatif de « musulman ». Ce sont, aujourd'hui, les désignations nationales – indonésien, iranien, égyptien, marocain, par exemple – qui s'imposent. Il n'existe en effet pas de droit transnational commun à tout ou partie des musulmans, indépendamment de la citoyenneté qui en fait des ressortissants d'un Etat. Le droit des Etats varie, naturellement, et ce en fonction de leur histoire propre. Ainsi, dans de nombreux pays de population musulmane, l'expérience coloniale a laissé son empreinte, que ce soit dans la configuration juridique générale ou dans la référence spécifique à l'islam. L'inscription des différents droits nationaux dans la ligne des familles du droit civil ou de la Common Law a également exercé une influence majeure. L'accumulation de lois et le développement de jurisprudences, sur plusieurs décennies, voire plus d'un siècle, se sont également révélées déterminantes.

La normativité islamique s'est trouvée pour partie codifiée. C'est ce qu'on a appelé le « droit musulman », qui visait principalement les relations familiales, parce que c'est le domaine où le *fiqh* est le plus développé. On parle souvent de « droit du statut personnel ». La plupart des pays à majorité musulmane ont un code du statut personnel qui s'inspire, dans une mesure variable, des préceptes de la doctrine islamique. Le *fiqh* continue aussi à exercer une influence dans le domaine des fondations pieuses (*waqf* ou *habus*). Dans celui des obligations et des contrats ou du droit pénal, son impact est plus ténu, voire nul, les histoires nationales étant à chaque fois spécifiques. L'inspiration religieuse s'est parfois étendue à des domaines nouveaux, comme la finance. Il s'agit généralement de développements contemporains sur des sujets qui n'ont été que faiblement labourés par le *fiqh*, mais qui trouvent dans le Texte sacré une disposition justifiant de les réglementer comme, par exemple, l'interdiction coranique de l'usure (*riba*). Enfin, on observe un phénomène de référencement constitutionnel à la charia en tant que source de la législation.

La vie du droit, y compris quand il s'agit d'islam, se joue sous la coupole des parlements, bien sûr, mais plus encore dans les prétoires, là où des juges sont amenés à appliquer des lois à des situations conflictuelles et donc à donner corps aux dispositions législatives en vigueur. L'espace judiciaire est un lieu privilégié d'observation de la charia, de sa place et de son influence, et pas seulement dans les domaines du droit qui s'inscrivent dans la continuité de la doctrine islamique. Il est, en effet, toute une série d'autres cas de figure où la charia se trouve convoquée non pas en tant que pourvoyeuse de règles de droit matériel, mais en tant que source d'inspiration morale dans l'interprétation du droit positif.

Les expériences arabes, à l'ombre du paradigme napoléonien

Sur des modes fort différents les uns des autres, la plupart des pays arabes ont adopté un système de droit inspiré du modèle européen continental. C'est ainsi qu'une constitution précise l'architecture institutionnelle de l'Etat, avec un Parlement en charge de l'adoption des lois. L'émergence d'une justice constitutionnelle est également un fait marquant des dernières décennies, avec cette conséquence que les textes législatifs sont aujourd'hui susceptibles d'un examen de conformité par rapport aux dispositions de la Constitution.

Sous l'influence du modèle napoléonien, la plupart des pays arabes se sont dotés d'un système de droit positif, avec les institutions judiciaires lui correspondant. Cette évolution a

naturellement connu des cours différents, selon que l'adoption du modèle français était indirecte, comme en Egypte, ou bien le fait de la domination coloniale, comme au Maghreb ou au Levant. Dans le cas égyptien, l'apparition d'un droit codifié et la réorganisation administrative et judiciaire remontent à la période de Mohamed Ali et s'inscrivent dans le contexte ottoman de l'époque. Le basculement vers les codes mixtes et nationaux et la mise en place des juridictions compétentes pour les appliquer, opérés dans les années 1870, ont marqué une radicalisation du processus en même temps qu'un renforcement des privilèges accordés aux Occidentaux. La fin des capitulations et l'unification du système judiciaire n'ont pas changé grand-chose à la tendance. Au Maghreb, l'influence coloniale fut plus directe, bien qu'il convienne évidemment de distinguer chaque expérience. Le modèle français y fut en tout cas importé massivement, et cette tendance n'a pas été renversée par les indépendances, ce qui ne signifie bien entendu pas que le droit n'y soit que mimétique ou n'y connaisse pas d'évolution spécifique. Au Levant, l'expérience coloniale fut plus brève, mais l'émergence d'une classe de juristes libanais polyglottes et civilistes a assuré la pérennité du modèle occidental.

Sous l'influence du droit napoléonien, la place de la charia a également évolué, bien qu'à un rythme décalé. D'un côté, la part du droit musulman – cette invention du 19e siècle, comme je l'ai montré au chapitre précédent – n'a cessé de se restreindre, en ce sens que les règles substantielles du droit n'ont progressivement plus été dérivées du corpus du *fiqh*. De l'autre, on a pu observer, dans les domaines encore régis officiellement par la charia, une tendance à adopter des techniques juridiques nouvelles, qu'il s'agisse de la codification ou des modes d'examen par le juge. A première vue, on pourrait croire que ce ne sont que des changements de forme, qui laissent donc intact le cœur de la normativité islamique. Ce serait toutefois mésestimer l'incidence qu'un changement d'économie et d'épistémologie peut avoir sur la nature même des règles applicables. Il n'est en effet pas indifférent que l'identification de la règle de droit soit le fait d'un travail doctrinal et jurisprudentiel, ou bien la résultante d'un processus législatif. Les modalités de révision des règles d'application, pour ne prendre qu'elles, en sont étroitement tributaires. Il n'est pas non plus indifférent que soient mis en place des mécanismes d'appel contre la décision d'un juge et, plus encore, des recours en cassation ouvrant à l'examen formel de la règle de droit : c'est ici que le basculement épistémologique se révèle dans sa plus grande clarté.

Le droit du statut personnel a longtemps été présenté, dans ces pays, comme extérieur aux mutations profondes que connaissaient les systèmes de droit et de justice. Le constat mérite d'être nuancé pour plusieurs raisons. Tout d'abord, du fait que la distinction entre statut personnel et statut réel, comme parties constitutives du droit civil, est tout à fait spécifique au système napoléonien. Ensuite, parce que les différents droits du statut personnel ont été largement codifiés, ce qui les rend tributaires de l'œuvre du législateur et du travail interprétatif du juge. Enfin, parce que les juges du statut personnel sont avant tout formés à l'école du droit positif, au point que la recherche des normes applicables dans les ouvrages classiques du *fiqh* leur est souvent plus difficile que le recours à des compilations officieuses, comme celle de Qadri Pacha en Egypte. On peut donc dire que la part de la normativité islamique s'est trouvée à la fois restreinte et alignée sur le droit dominant. En revanche, que ce soit comme source constitutionnelle (la charia comme source de la législation) ou comme outil de régulation judiciaire (l'ordre public islamique), la normativité islamique ne cesse de se manifester[95]. Dans ce cas, l'on est dans un phénomène qui n'est plus tant celui d'une généalogie reliant le *fiqh* et le droit positif que celui de la construction d'un ordre identitaire, communautaire, voire national, s'inscrivant à l'ombre de la charia en tant que référent moral.

---

[95] Voir les chapitres 7 et 9.

Au centre et à la marge : au-delà du monde arabe

Alors qu'une certaine homogénéité des expériences juridiques arabes est perceptible, entre autre dans le traitement de la charia, force est de constater que la diversité l'emporte dès lors qu'on s'intéresse à l'islam démographiquement majoritaire d'Asie. De la Turquie à la Malaisie, en passant par l'Iran, le Pakistan, l'Afghanistan, le Bangladesh et l'Indonésie, ce sont les expériences nationales qui déterminent étroitement la forme prise par la référence à la normativité de la charia, qu'il s'agisse de la laïcité, du fédéralisme ou du républicanisme islamique. Selon, la place réservée à la normativité islamique s'avère à peu près nulle, sinon de manière très indirecte, ou, tout au contraire, totalement centrale, même si cette centralité est éventuellement plus symbolique qu'effective.

A ce tableau contrasté viennent s'jouter tous les pays où la présence musulmane est minoritaire mais significative. Ainsi en va-t-il de l'Inde, qui abrite une des plus grandes populations musulmanes au monde, de la Thaïlande, où la revendication musulmane ne cesse de s'affirmer, et de la Chine, où la question régionale et minoritaire, y compris dans le Xinjiang musulman, est brûlante. La place faite à la charia est, dans tous ces cas, extrêmement dépendante du caractère pluraliste ou jacobin de l'Etat, de sa reconnaissance ou non de la personnalité des lois (particulièrement dans le domaine de la famille) et de son adhésion aux grands principes relatifs aux droits humains (liberté de conscience, liberté de culte, liberté d'association).

Les expériences africaines, dans le Sahel et au sud du Sahara, sont, elles aussi, variées. Il y va bien sûr de l'héritage colonial, avec un contraste marqué entre les pays influencés par la Common Law britannique et ceux qui s'inscrivent dans la descendance napoléonienne, entre ceux dont le fédéralisme autorise une extrême diversité juridique et ceux dont le centralisme se veut essentiellement laïc. La conséquence en est que la charia y est tantôt érigée en droit substantiel, comme dans les Etats du nord du Nigéria, tantôt confinée à une incidence indirecte, comme au Sénégal.

Toutes ces expériences, quelques contrastées qu'elles soient, attestent de l'apparition et de la consolidation, dans tous ces pays, d'un droit positif. Même dans les situations où la normativité islamique se trouve placée au centre du système, cela se fait selon des modalités totalement différentes à celles de la période précoloniale. La revendication de charia n'est jamais un retour effectif à l'âge d'or, mais un jeu de références qui absorbent, nuancent et orientent les contraintes et dynamiques imposées à une échelle mondiale, globale.. Dans ce contexte, la quête d'une tradition discursive traversant les expériences historiques et permettant d'affirmer la permanence d'une essence islamique n'a guère de sens.

Droit du statut personnel

Souvent présenté comme le dernier bastion du droit musulman, le statut personnel (ou droit de la famille) est indubitablement un domaine où l'influence de la doctrine islamique a persisté. C'est également celui qui a le plus longtemps résisté aux entreprises de codification. Cela ne veut pas dire que le statut personnel soit demeuré insensible aux grandes évolutions juridiques, loin s'en faut, mais il s'agit indubitablement du secteur où les principes structurants et les grandes catégories du *fiqh* sont demeurées en usage, à commencer par le critère d'identification du droit applicable aux individus : l'appartenance confessionnelle. Ainsi, à la seule exception de pays, telle la Turquie, où une laïcité stricte a été imposée, c'est, en matière familiale, le droit propre à la communauté confessionnelle d'une personne qui s'applique, avec des nuances

complexes. Il est intéressant d'observer les formes prises par la « charia incorporée »[96], sans qu'il ne soit bien sûr possible de passer en revue tous les pays et le détail de leurs droits respectifs.

En Egypte, le statut personnel n'a jamais fait l'objet d'une codification complète, mais seulement d'une série de textes s'inspirant de la doctrine hanafite : les lois de 1920 et 1929, amendées en 1985, sur le mariage et le divorce ; les lois 1943, 1944 et 1946 sur le régime successoral ; la loi de 2000, sur des questions de procédure et de divorce. Ces textes constituent un droit commun ayant vocation à s'appliquer à tous les Egyptiens, à l'exception des situations découlant de mariages entre chrétiens de même rite. De manière générale, les différentes lois ont tendu à renforcer la protection juridique des épouses, de manière toutefois limitée et indirecte. C'est ainsi que les lois des années 1920 visaient à encadrer le divorce et à faciliter son obtention pour les femmes pouvant invoquer un dommage qui leur aurait été infligé par leur mari. En 1979, une tentative fut faite de restreindre la possibilité de conclure des mariages polygames (en présumant le dommage moral subi par la première épouse), mais elle échoua. En 2000, une loi introduisit une nouveauté importante, fondée sur la technique classique du *khul'*[97], en permettant à l'épouse, pour la première fois dans l'histoire juridique égyptienne, d'obtenir le divorce unilatéralement – c'est-à-dire sans accord de son mari ou pouvoir d'appréciation du juge – pour autant qu'elle renonce aux avantages matériels résultant de son mariage.

En Iran, l'avènement de la République islamique s'est traduit, en matière familiale, par des dynamiques contradictoires. Les lois adoptées sous l'ancien régime furent maintenues, le plus souvent, quitte à subir des amendements importants. La loi sur le mariage de 1931 est ainsi restée en vigueur. La loi de protection de la famille de 1975 n'a pas non plus été abolie, mais des modifications ont été introduites, en 1984 par exemple, pour supprimer les peines encourues pour l'enregistrement de mariage polygame sans autorisation d'un juge. Le mariage temporaire (*mut'a*) est reconnu par le code civil de 1935, mais la loi ne dit rien sur son mode d'enregistrement. Ceci interdisait en théorie d'en opposer l'existence devant un tribunal[98], mais cela n'a pas empêché les tribunaux civils spéciaux, créés en 1979, d'entendre les différends les concernant et même d'en autoriser l'enregistrement. Les lois postérieures à la Révolution ont eu tendance à relâcher les restrictions relatives à la polygamie et à la répudiation, mais elles ont souvent été compensées par des dispositions protégeant les femmes ou leur attribuant des compensations. Ainsi, une loi de 1982 sur le contrat de mariage donne droit à l'épouse, sous conditions, à la moitié des acquêts (les revenus du couple après mariage). De la même façon, le juge peut accorder le divorce à toute épouse qui le demande, s'il considère qu'elle subit un préjudice du fait de son mariage. Des tribunaux spécialement en charge des affaires de la famille sont en activité depuis 1999. Enfin, des lois élevant l'âge minimum au mariage et élargissant les droits de la femme au divorce et à la garde des enfants ont été passées dans les années 2000.

L'Indonésie présente encore un autre cas de figure. L'Etat n'est pas formellement islamique, mais il accorde, par la loi de 1989, un statut particulier aux tribunaux religieux, de même qu'il a promulgué, en 1991, une loi de compilation du droit musulman (*kompilasi hukum islam*). Ce dernier texte fut élaboré et discuté par des juristes de l'Etat et des ulémas. Il s'agit d'un code de

---

[96] Jan Michiel Otto (dir.), *Sharia Incorporated: A Comparative Overview of the Legal Systems of Twelve Muslim Countries in Past and Present*, Leiden, Leiden University Press, 2010.
[97] Voir le chapitre 5.
[98] C'est une situation similaire à celle du mariage dit coutumier (*zawaj 'urfi*), en Egypte. Le défaut d'enregistrement de ce type de mariage le rendait inopposable, jusqu'à la réforme de 2000 qui autorise l'épouse à recourir à toute forme de preuve pour attester de son existence et, dès lors, en demander la dissolution judiciaire.

229 articles portant sur le mariage, l'héritage et les fondations pieuses. Ce qui est très particulier au cas indonésien, c'est que cette compilation ne fonctionne pas comme un ensemble de dispositions contraignantes pour les juges, mais comme un guide que les tribunaux religieux doivent « prendre en considération autant que possible ». La tendance est à son usage toujours accru, ce qui n'a pas empêché le développement de controverses, entre autre en matière de mariage interconfessionnel.

Au Maroc, un nouveau code de la famille (*mudawwanat al-usra*) a remplacé, en 2004, celui qui avait été élaboré au lendemain de l'indépendance. Ce texte « symbolise la continuité de la tradition aussi bien que le changement »[99]. Continuité dans ne serait-ce que l'appellation « *mudawwana* », qui renvoie à l'œuvre du jurisconsulte malikite du 9e siècle, Sahnun. Mais également changement, parce que le code se présente comme la concrétisation de revendications de la société civile que l'intervention du roi Mohamed VI a permis de faire aboutir. Beaucoup plus longue et détaillée que celle qu'elle remplace, la nouvelle Mudawwana reformule nombre de dispositions et en insère toute une série d'autres. Son dernier article précise que, pour toute question non traitée par elle, ce sont les opinions qui prévalent dans l'école doctrinale malikite qui s'imposent. Au titre des changements majeurs, on notera l'accentuation du principe d'égalité entre les époux : tous deux sont à présent investis de l'autorité familiale ; ils ont les mêmes devoirs réciproques l'un envers l'autre ; l'épouse n'est plus tenue au devoir d'obéissance envers son mari. En outre, la femme peut se marier sans gardien et l'âge au mariage a été relevé. L'interdiction pour une musulmane d'épouser un non-musulman reste en vigueur, ainsi que l'obligation pour le mari d'offrir un don nuptial à son épouse. La polygamie n'est pas abolie, mais encadrée et pratiquement limitée par l'établissement de conditions administratives, dont l'accord de l'épouse actuelle, de la future épouse et du juge. Enfin, la répudiation, dont le principe est maintenu, est aussi soumise à l'accord du juge et à la satisfaction de plusieurs conditions, dont le dépôt d'une somme d'argent garantissant l'entretien des enfants et de l'épouse répudiée.

Ailleurs dans le droit

Dans la plupart des pays musulmans, le droit pénal n'est plus régi par des règles d'inspiration islamique. Il faut toutefois relever quelques exceptions notables. Ainsi, en Arabie saoudite, seul pays ou presque à ne pas avoir codifié l'essentiel de son droit, le droit criminel est administré par des juges s'appuyant sur la doctrine hanbalite, dont les catégories principales (*hudud, ta'zir, qisas, diya*)[100] restent d'application. Au Pakistan, ce sont les codes introduits par les Britanniques qui forment la base pénale, mais ils ont été substantiellement amendés par différentes lois qui visaient officiellement à islamiser le droit. C'est ainsi que des amendements à la loi sur le blasphème ont été apportés, de même que des dispositions spécifiques aux membres de la secte Ahmadiyya ont été introduites dans le Code pénal. Des dispositions, dites islamiques, relatives au meurtre et aux coups et blessures, ont été incorporées à ce même code et, surtout, en 1979, sous la présidence de Zia ul-Haq (m.1988), quatre ordonnances sur les *hudud* ont été promulguées, qui portaient sur les atteintes à la propriété, la fornication, l'accusation mensongère de fornication et la consommation d'alcool.

En Iran, un code pénal a été adopté en 1991. Il est composé de cinq livres, dont l'un porte sur les *hudud* et contient, entre autres choses, des dispositions relatives au banditisme (*muharaba*) et à la corruption terrestre (*ifsad fi-l-ard*) qui ont largement servi à réprimer l'opposition politique. Un projet récent propose d'abolir la lapidation pour faits d'adultère, mais

---

[99] Léon Buskens, « Sharia and National Law in Morocco », in J.M. Otto (dir.), *op.cit.*
[100] Voir chapitre 5.

introduit le crime d'apostasie. Le droit pénal iranien liste également une série de peines discrétionnaires (*ta'zir*) et reconnaît les principes du talion (*qisas*) et du prix du sang (*diya*). Le Soudan, enfin, a adopté, en 1991, un code pénal et un code de procédure pénale, qui définit six crimes en tant que *hudud* : la consommation d'alcool, la fornication, l'accusation mensongère de fornication, le banditisme, le vol et l'apostasie. Le prix du sang et le talion ont été également codifiés, dans ces mêmes textes. Jusqu'à la partition du pays, en 2011, le code pénal « islamique » ne s'appliquait pas au Soudan du Sud.

Le domaine du droit civil est très largement sorti du giron de la normativité islamique, ce qui n'empêche d'y retrouver parfois quelques références explicites au *fiqh* ou à la charia. En Egypte, la plus importante de ces références se trouve à l'article premier du Code civil, adopté en 1948[101], qui stipule le principe de la compétence exclusive de la loi pour toutes les matières qu'elle réglemente et, « à défaut d'une disposition législative applicable », la compétence du juge à statuer « d'après la coutume et, à son défaut, d'après les principes de la charia islamique ». La normativité islamique se voit ainsi conférer la qualité de source subsidiaire à la loi et à la coutume. Une place explicite est en outre reconnue à la charia islamique et à ses principes, dans ce même code, en matière successorale et testamentaire, de même qu'il stipule l'interdiction pour une femme musulmane de contracter un mariage avec un non-musulman.

En Iran, un code civil a été adopté, sous la monarchie Pahlavi, en 1935, qui, à la façon « napoléonienne », englobait le statut personnel. Bien qu'inspiré par la doctrine chiite, ce code consacrait la sécularisation et la positivisation du système juridique iranien. Sécularisation, parce que les tribunaux furent progressivement administrés par des juges extérieurs à la hiérarchie religieuse. Positivisation, parce les règles de droit se trouvèrent détachées de leurs origines doctrinales et jurisprudentielles, soumises à l'autorité de juristes formés à la faculté de droit, et transformées en instruments de la politique de modernisation autoritaire du souverain. Avec la Révolution islamique, un mouvement de « retour à la charia » fut engagé, mais il ne signifia jamais que l'on faisait table rase de l'héritage juridique. Le code civil, par exemple, ne fut jamais abrogé, bien qu'une cinquantaine de ses articles aient été amendés en 1982 et 1991. A vrai dire, le travail accompli par les juristes de l'époque « de compromis et d'harmonisation »[102] que constituent les années 1930 permit au droit iranien de résister aux tourmentes idéologiques ultérieures, parce que la charia y constituait une source matérielle et enrichissante du droit positif qui n'en entravait pas le développement mais en favorisait plutôt l'acceptation sociale.

Le même processus de sécularisation et de codification a affecté le droit tunisien. Il est doté d'un code des obligations et des contrats depuis 1906, qui apporte des innovations importantes par rapport aux règles du *fiqh* malikite et hanafite. « Les innovations apportées dans le droit civil et commercial par rapport à la charia avaient d'autant plus été acceptées qu'elles répondaient à l'impératif de modernisation et de développement de l'économie tunisienne par son alignement sur les standards des pays les plus développés et, partant, sur ceux de la puissance protectrice »[103].

A propos de la finance islamique

Les premières banques dites islamiques ont été fondées en Egypte, en 1963. Dans le contexte de l'affirmation grandissante de l'islam politique et des capitaux énormes générés par le boom

---

[101] Il s'agit de la réalisation la plus célèbre du juriste 'Abd al-Razzaq al-Sanhuri, qui a servi de modèle dans la plupart des pays arabes du Machreq.
[102] Voir A. Amir-Arjomand, in B. Dupret, 2012.
[103] M.Ben Jémia, in B. Dupret, 2012.

pétrolier, il s'agissait principalement, dans un premier temps, de proposer un système d'épargne qui ne soit pas fondé sur l'intérêt. Avec l'émergence de la puissance régionale saoudienne, une certaine lecture des préceptes de l'islam s'est progressivement imposée. De cette époque date la plupart des instituts et des travaux d'économie islamique. A Lahore, en 1974, l'OCI fonda la Banque islamique de développement et, en 1975, la première banque islamique privée fut ouverte. En 1979, dans le contexte du régime de Zia ul-Haqq, le Pakistan procéda à l'islamisation de l'ensemble de son secteur bancaire. La révolution mena à une décision similaire en Iran, en 1983, tandis que le Soudan décidait, avant même le coup d'Etat inspiré par le mouvement islamique de Hasan al-Tourabi, de procéder identiquement. Il existe un Dow Jones Islamic Market Index qui suit l'évolution du cours des produits et services suivant les principes de la finance islamique. La Citibank a ouvert des filiales islamiques et de nombreuses institutions financières, en pays à majorité musulmane aussi bien qu'ailleurs (et, entre autres, aux Etats-Unis et en Europe), offrent aujourd'hui des « produits islamiques ».

La justification de la recherche d'une finance spécifiquement islamique procède de ce que, pour les jurisconsultes musulmans, un revenu n'est considéré comme légitime que s'il résulte d'un partage effectif des risques qui l'ont permis. Autrement dit, l'usure (*riba*) est interdite. Cette interdiction est fondée sur un texte coranique[104]. La notion de *riba* a toutefois toujours prêté à controverse, les uns y voyant l'interdiction de l'intérêt excessif, les autres considérant qu'elle vise toute forme d'intérêt fixe. Ces controverses se poursuivent jusqu'à aujourd'hui. Ainsi, le cheikh al-Tantawi (m.2010), en Egypte, a prononcé, en 1989, une fatwa déclarant licite différentes formes d'intéressement. Deux modes principaux d'interprétation de ces prescriptions ont émergé, au cours de l'époque contemporaine. L'un consiste à procéder à une nouvelle interprétation à la lumière des conditions propres au monde moderne. L'autre mode se veut traditionnel et invoque une interprétation littérale du corpus des règles du Coran et de la Sunna. C'est l'approche de ce dernier courant qui domine aujourd'hui la finance islamique. Celle-ci constitue, en somme, une tentative de pratiquer la finance moderne dans l'observance de la normativité islamique telle que comprise par ces jurisconsultes traditionnalistes.

Pour la plupart des opposants au système de rémunération de l'argent selon un taux fixé à l'avance, c'est l'aspect non partagé des risques et bénéfices entre emprunteur et prêteur qui pose problème. Pour pallier cet obstacle, on met en place un système d'association aux risques et aux bénéfices du prêteur et de l'emprunteur. Le principe du partage des pertes et profits a débouché sur l'offre par les institutions financières islamiques de différents produits. La *murabaha* (commandite) est une méthode de financement d'acquisition de biens. Elle implique un contrat entre une banque et son client pour la vente de biens à un prix qui inclut une marge de profit convenue, sous forme soit d'un pourcentage de la somme d'achat soit d'une somme forfaitaire. La banque procède à l'achat des biens comme elle en a été requise par son client et les vend au client avec un profit. Ce profit est établi avant la conclusion de l'accord et ne peut être augmenté, même si le client ne prend pas possession des biens endéans le délai stipulé par le contrat. La *mudaraba* est un contrat de partage des profits avec l'une des parties fournissant 100% du capital et l'autre partie fournissant son expertise pour l'investissement du capital et la gestion du projet d'investissement et, quand cela se justifie, fournissant la main-d'œuvre. Les profits générés sont distribués selon un ratio prédéterminé, mais ils ne peuvent être garantis. Les pertes éventuelles sont donc supportées par le pourvoyeur de capital qui n'a aucun contrôle sur la gestion du projet. La *mucharaka* implique un partenariat entre deux parties qui fournissent toutes deux un capital pour le financement de projets neufs ou en cours. Les deux parties partagent les profits selon un ratio convenu à l'avance, ce qui permet aux compétences managériales d'être rémunérées. Les pertes sont partagées au prorata de la participation. L'*ijara*

---

104 Coran (II-275).

est un contrat par lequel la banque achète et met en crédit-bail (ou *leasing*) l'équipement requis par le client en échange d'un prix de location. La durée du leasing et le prix de location sont fixés à l'avance. La propriété de l'équipement reste à la banque prêteuse (*leaser*) qui vise à récupérer le coût du capital de l'équipement augmenté d'une marge de profit à partir des redevances.

Le juge et la charia

Les pratiques judiciaires sont certainement plus importantes encore que le libellé des lois pour mesurer la place de l'islam et de la charia dans les droits contemporains. Autrement dit, quel usage de la référence à l'islam et à la charia peut-on observer chez les juges, dans les pays majoritairement musulmans ? Une petite typologie nous permet de dessiner une première carte de ces usages. Un premier type d'attitude correspond à ces situations où le juge cherche à donner une substance à la référence à la charia. Ainsi en va-t-il, par exemple de la question du port du foulard à l'école publique, en Egypte. La définition de la norme islamique constitue dans ce cas l'objet même du contentieux porté en justice dans lequel on a recours aux dispositions portant sur la religion, la liberté de conscience et l'exercice des cultes dans le droit positif. Les décisions des juridictions suprêmes, quand elles se prononcent sur la nature de la charia en tant que référent législatif, relèvent également de cette catégorie. Un deuxième cas de figure renvoie davantage à l'idée d'instrumentalisation, c'est-à-dire à cette situation où le recours à l'islam vient fonder une décision touchant à une certaine notion de l'ordre public. L'atteinte à l'islam est, dans ce cas, instrumentalisée par le juge ou les parties qui visent, sous ce couvert, un objectif autre. C'est sur cette base, par exemple, que le Parti communiste marocain (PCM) a pu être interdit, dans les années 1950, au motif officiel de ce qu'il était attentatoire à l'islam, pour la raison officieuse de la lutte contre l'idéologie communiste, dans le contexte de la Guerre froide. Un troisième type correspond à ces décisions où un juge se fonde sur des principes généraux, tels que ceux de la religion et du droit qui en dérive dans un Etat faisant de l'islam sa religion officielle. Il le fait souvent pour donner un poids accru à sa décision, dans une quasi-formule de style à laquelle rien ne s'oppose. On rencontre, de fait, de nombreuses situations où un magistrat estime utile de conforter la décision qu'il prend, en droit positif, par une justification aux regards des canons de la charia. Enfin, il existe des cas – fort rares au demeurant – où la référence à la charia sert à nier toute validité à la loi positive. C'est le cas de ce juge égyptien qui, au début des années 1980, prononça une sentence soi-disant islamique, contraire au droit positif en vigueur, condamnant à une peine de fouet un individu arrêté pour ébriété sur la voie publique. Dans ce genre de situations, la sanction disciplinaire ne manque jamais de tomber et d'écarter le magistrat de toute fonction judiciaire.

Le récit de deux procès ayant impliqué, en Egypte, un recours à la normativité islamique devrait permettre de mieux apprécier les formes que celui-ci prendre, à défaut de pouvoir en faire la description dans la multitude des contextes musulmans. La première affaire touche au port du voile à l'école publique. Un père de famille introduisit devant le tribunal administratif d'Alexandrie, en sa qualité de tuteur naturel de ses deux filles, une requête contre le ministre de l'Education, demandant que soit suspendue et annulée la décision qui interdisait l'admission de ses deux filles à l'école secondaire. En effet, au moment d'inscrire ses filles à l'école, il avait été saisi de leur renvoi, fondé sur un arrêté ministériel décrétant l'interdiction de laisser accéder à l'école les élèves portant le voile complet (*niqab*) ; cet arrêté contraignait les élèves à porter un uniforme unifié conforme. Pour le requérant, c'était en contravention aux articles 2 et 41 de la

Constitution égyptienne[105]. Le tribunal administratif renvoya alors l'affaire à la Haute Cour constitutionnelle. Dans son arrêt du 18 mai 1996, la Cour, rappelant son interprétation de l'article 2 de la Constitution, mentionne le principe selon lequel les opinions interprétatives portant sur des questions controversées n'engagent que leurs auteurs, le législateur restant libre de statuer pourvu qu'il respecte les objectifs de la charia. Pour la Cour, la logique de l'uniforme est d'assurer le respect de la pudeur de la fille et des us et coutumes de la société. Le législateur peut légitimement imposer des limitations d'ordre vestimentaire, sans que ce ne soit contraire au principe de protection de la liberté individuelle, s'il le fait dans un but de préservation de l'identité. L'islam, ajoute le juge, a amélioré le sort de la femme, ce qui explique qu'il l'ait incitée à assurer sa pudeur. Il lui a ordonné de se voiler, parce que cela constitue une protection contre la vulgarité. La femme ne peut donc, en matière vestimentaire et au regard de la Loi de Dieu, exercer un libre arbitre. Son vêtement doit, au contraire, traduire la responsabilité qu'elle assume dans le monde. Mais la configuration du vêtement féminin ne fait pas l'objet de textes coraniques absolus, la porte demeurant dès lors ouverte à l'interprétation et à l'intervention du législateur, qui doit respecter aussi bien les mœurs que les nécessités de la vie dans une société moderne. En conclusion, pour la Cour, l'arrêté du ministre ne contrevient pas à l'article 2 de la Constitution. Etablissant par ailleurs une distinction entre liberté de conviction et liberté de pratique religieuse, la Cour souligne que, si la première ne peut être restreinte, la deuxième peut être limitée par la poursuite d'intérêts supérieurs, comme l'ordre public et les bonnes mœurs. L'éducation appartient à ces intérêts supérieurs que l'Etat doit protéger et qui autorisent la réglementation de l'uniforme scolaire. En conséquence, la Cour décide d'écarter la requête. Pratiquement parlant, cela signifiait que les jeunes filles ne pouvaient réintégrer l'école revêtues d'un voile complet.

La deuxième affaire porte sur l'autorisation des opérations de changement de sexe. Elle n'a pas connu de développements judiciaires importants, alors même qu'elle fut l'objet d'un grand battage médiatique. Elle a aussi la caractéristique de ne pas se placer explicitement sur le terrain du droit islamique, alors même que l'essentiel du conflit est sous-tendu par des conceptions divergentes d'une morale d'inspiration islamique. En 1982, un étudiant en médecine de l'université d'al-Azhar, Sayyid ‘Abd Allah, consulta une psychologue auprès de laquelle il se plaignit de dépression extrême. La psychologue l'examina et conclut à l'existence d'une perturbation de l'identité sexuelle du jeune homme. Après trois ans de traitement, elle décida de le renvoyer à un chirurgien pour subir une opération de changement de sexe qui fut réalisée en janvier 1988, Sayyid devenant Sally. Ce type d'opération entraînait de nombreuses conséquences d'ordre administratif et juridique. La première fut le refus du doyen de la faculté de médecine de l'Université d'al-Azhar d'admettre Sayyid aux examens de la faculté de médecine réservée aux hommes, tout en refusant de transférer Sally à la faculté de médecine réservée aux femmes. Pour obtenir ce transfert, Sayyid/Sally présenta à l'Administration de l'état civil une requête en changement de nom, ce qu'il obtint. L'université d'al-Azhar, pour sa part, maintint que Sayyid, devenu Sally entre-temps, avait commis un crime. En effet, pour l'université, le médecin ayant procédé à l'opération n'aurait pas changé son sexe mais l'aurait mutilé, et ceci dans le simple but de permettre à Sally d'entretenir des relations homosexuelles légitimes.

Sur ces entrefaites, le représentant du Syndicat des médecins de Giza convoqua les deux médecins ayant procédé à l'opération devant une commission médicale qui décida qu'ils avaient commis une faute professionnelle grave en ne confirmant pas l'existence d'une pathologie avant

[105] Ils stipulent, pour le premier, que l'islam est la religion de l'Etat et que les principes de la charia sont la source principale de toutes ses législations et, pour le second, que la liberté individuelle est protégée et qu'il est interdit d'y porter atteinte.

d'opérer. Le Syndicat des médecins demanda par lettre au Mufti de la République, Sayyid Tantawi, de rendre un avis consultatif (*fatwa*) sur la question. Cette fatwa, délivrée le 8 juin 1988, conclut au fait que, si le médecin a témoigné de ce qu'il s'agissait du seul remède à la maladie, ce traitement était autorisé. Pareil traitement ne peut toutefois résulter, selon le Mufti, du seul désir individuel de changer de sexe, mais doit être le résultat thérapeutique d'une pathologie diagnostiquée par les autorités compétentes. Cette fatwa semble cependant laisser planer un doute sur la question de savoir si l'« hermaphroditisme psychologique » dont souffrait Sayyid constituait une base médicale recevable ou non. Chacun prétendit donc trouver dans ce texte la justification de sa position. Al-Azhar porta l'affaire devant les tribunaux, prétextant que le chirurgien était passible d'une peine pour avoir infligé un préjudice permanent à son patient. En application des règles de la procédure pénale, le Procureur général entreprit d'instruire l'affaire et recourut, dans ce cadre, à un expert médical. Il ressortit des conclusions de celui-ci que, si d'un point de vue purement physique, Sayyid était resté un homme, il ne l'était pas psychologiquement. Le diagnostic d'hermaphroditisme psychologique était donc pertinent et l'opération chirurgicale constituait le traitement adéquat. Selon le rapport, le chirurgien n'avait fait que suivre les règles de sa profession, consultant les spécialistes compétents, réalisant correctement l'opération et n'infligeant pas d'infirmité physique permanente au patient. Ce dernier pouvait donc être considéré comme une femme. Le Syndicat des médecins refusa les conclusions de l'expert et organisa une conférence de presse dans laquelle il fit de l'affaire une question d'intérêt public emportant un choix moral et un choix de société. Sur cette base, le Syndicat décida de rayer le chirurgien de ses membres et d'infliger une amende à l'anesthésiste pour sa participation à l'opération.

En décembre 1988, le Procureur général décida de ne pas donner de suite à l'accusation. Le rapport final confirme que l'opération a été réalisée conformément aux règles du genre. Un an plus tard, le dossier fut refermé et, en novembre 1989, Sally reçut un certificat attestant de son sexe féminin. Devant le refus persistant d'al-Azhar de l'admettre à la faculté de médecine pour femmes, elle introduisit une nouvelle requête devant le Conseil d'Etat qui, un an plus tard, annula la décision d'al-Azhar et autorisa Sally à s'inscrire dans toute université de son choix. Pour autant, l'affaire ne s'arrêta pas là. Une décision de la Cour administrative du Caire confirma le droit de Sally à s'inscrire à la faculté de médecine pour femmes d'al-Azhar, décision contre laquelle l'université fit appel au motif que Sally ne remplirait pas les conditions morales et éthiques requises d'une étudiante souhaitant s'inscrire à l'université – Sally se serait adonnée à la danse du ventre dans des night-clubs et aurait été arrêtée pour faits de mœurs à plusieurs reprises. La Cour administrative estima qu'en effet, de nouveaux éléments de preuves avaient été fournis sur la conduite de Sally et qu'il était donc justifié de procéder à une instruction complémentaire de l'affaire.

En-deçà de ces affaires retentissantes, le droit de la famille est l'objet d'une pratique quotidienne. Je voudrais tenter de montrer la forme que peut prendre, en droit de la famille, là où l'influence de la charia est réputée prépondérante, le traitement tout à fait ordinaire d'une demande en divorce. Il s'agit du cas d'une femme ayant soumis au juge une requête lui demandant de la divorcer de son mari pour cause du dommage qu'il lui aurait fait subir :

Au nom de Dieu, le Clément, le Miséricordieux, Au nom du peuple

La demanderesse est l'épouse du défendeur … Celui-ci n'a cessé lui infliger de mauvais traitements en se livrant à des voies de fait contre elle, en l'insultant et en délaissant le domicile conjugal … Elle lui a demandé de la répudier mais il n'a pas accepté …

Attendu qu'il est établi, en vertu de l'article 6 du décret-loi No. 25/1929, que le juge peut accorder le divorce pour cause de préjudice. L'article 6 n'a pas défini la nature du préjudice qui devait être subi.

Il est établi dans la jurisprudence de la cassation que le préjudice consiste dans le mal fait par l'époux à son épouse par la voie de coups et insultes ou dans l'abandon par l'époux de son épouse.

Le critère du préjudice, au sens de l'article 6 de la loi 25/1929, est personnel : ce qui rend la poursuite de la vie maritale impossible …

Le préjudice est établi par le témoignage de deux hommes ou d'un homme et de deux femmes

Dès lors que les conditions de la demande en divorce judiciaire étaient réunies, il s'imposait au tribunal de prononcer son divorce judiciaire d'avec le défendeur dans la forme d'un divorce irrévocable pour cause de préjudice.

Ce jugement nous montre comment une règle législative (le divorce judiciaire pour cause de préjudice) se trouve interprétée et mise en œuvre par le juge égyptien. Celui-ci agit dans un cadre formel qu'il lui faut respecter. À ce niveau, il est clair qu'il s'oriente vers les aspects techniques du droit de la procédure. Ceci peut inclure la référence à des dispositions explicitement reliées au droit hanafite, s'agissant des témoins par exemple, mais cela survient par le truchement de la jurisprudence de la Cour de cassation. Autrement dit, même quand il y est fait référence, le droit musulman n'intervient qu'indirectement, par le biais du droit positif et de ses institutions.

Parallèlement, les professionnels engagés dans un procès cherchent à qualifier les faits. Dans notre affaire, il s'agit de savoir s'il y a préjudice et ce qui peut en être tenu pour la cause. Dans la loi de 1929, il est question de l'épouse alléguant que son mari lui fait subir des mauvais traitements tels que la poursuite de la relation conjugale est devenue impossible pour des gens de leur statut social. Pour donner substance à la catégorie de préjudice, l'épouse parle d'abandon du domicile conjugal et d'existence d'un second mariage. Ni l'un ni l'autre ne sont toutefois explicitement mentionnés par la loi comme causes de préjudice. C'est au juge de considérer si ces faits sont constitutifs d'un préjudice ou non. Pour arriver à sa conclusion, il peut s'appuyer sur la déposition de témoins, comme : « il y avait des disputes entre eux et je l'ai vu la frapper plus d'une fois devant leur maison, et je l'ai aussi entendu lui lancer des injures ». Mises ensemble, les pièces détachées de cette recherche d'information concordent avec les éléments qui conditionnent la notion de préjudice tel que défini par la Cour de cassation : « le mal fait par l'époux à son épouse sous forme de parole ou d'acte, ou des deux, d'une manière qui ne soit pas acceptable pour des gens de même statut, et [qui] constitue quelque chose de honteux et de dommageable qui ne puisse pas être supporté ».

CHAPITRE 9

RECONFIGURATIONS POLITIQUES ET TRADUCTIONS CONSTITUTIONNELLES

Les expériences contemporaines d'intégration de la charia dans le corps juridique des Etats-nations se sont déroulées de manière telle qu'on peut parler de bouleversement de l'économie et de l'épistémologie de la normativité islamique. Son équilibre général, ses fondamentaux et sa morphologie, ce que l'on pourrait aussi appeler sa grammaire, ont été complètement transformés. C'est vrai à un niveau substantiel, les normes applicables étant largement formulées par voie de codification. C'était l'objet du précédent chapitre. C'est également vrai à un niveau institutionnel, avec la mise en place d'architectures constitutionnelles consacrant la séparation des pouvoirs, la hiérarchie des juridictions, le principe législatif, la représentation populaire, et les droits et libertés fondamentaux, dans lesquelles la charia est porteuse d'un cadre de référence plutôt que de règles spécifiques et directement applicables.

Le recours à une certaine terminologie n'implique pas nécessairement la pratique d'une même langue. L'on voit ainsi que le vocabulaire de la charia est mobilisé dans des contextes variés, sans qu'il n'y ait grande perméabilité entre les logiques argumentatives de ces registres. Cela ne tient pas à des niveaux de vérité différents, mais aux finalités vers lesquelles s'orientent les personnes impliquées dans ces activités discursives. En tant que droit, la charia est une invention du 19e siècle. En tant que référent du registre politique, c'est une formulation de la deuxième moitié du 20e. En tant que source constitutionnalisée de la législation, c'est une innovation du dernier quart de celui-ci. En tant que paradigme éthique autonome de la normativité juridique, c'est une résurgence actuelle.

La charia a connu, pour reprendre la formule heureuse d'Armando Salvatore, une véritable implosion[106]. Celle-ci, dans la logique du 19e siècle positiviste, a conduit à une dissociation de la normativité en droit, d'une part, et en éthique, de l'autre. Chacun de ces deux domaines s'est autonomisé, en apparence du moins, selon des modalités très particulières. Au milieu du 20e siècle, le référent islamique s'est retrouvé confiné aux marges du discours politique, éthique ou juridique. Ensuite, sous la pression de dynamiques aussi bien nationales que régionales et internationales, il s'est mis à grignoter l'espace, aussi bien par le bas – ce qu'on pourrait appeler la réislamisation des sociétés – que par le haut – l'élévation au rang de référent politique et constitutionnel. Cette dynamique est toutefois plus contrastée qu'il n'y paraît à première vue, l'avènement de gouvernements islamo-conservateurs ne signifiant pas nécessairement l'instauration de systèmes politiques et constitutionnels centrés sur la charia.

Implosion, éclipse et retour en politique

Aujourd'hui, ce que l'on nomme charia relève avant tout de la morale, et les tensions que l'on observe dans le domaine politique et constitutionnel procèdent du rapport complexe qu'entretiennent, dans les sociétés modernes, politique, religion, droit et morale. Dans un chapitre précédent, j'ai parlé de l'invention du droit musulman, un phénomène qui s'inscrit dans l'émergence politique de l'Etat-nation et dans le développement corollaire d'un système juridique positif. « Comme au Japon sous l'ère Meiji, on avait alors besoin de codes clairs, simples et complets qui règleraient les transactions juridiques les plus courantes, et seul le Code

---

[106] Voir Armando Salvatore, « La sharî'a moderne en quête de droit : raison transcendante, métanorme publique et système juridique », *Droit et Société*, n. 39, 1998, pp. 293-316.

Napoléon pouvait fournir le modèle adéquat nécessaire »[107]. La charia correspondant à la normativité islamique, elle peut avoir des dimensions éthiques, religieuses, politiques et juridiques – sans que cela n'en fasse un « droit ». Cette nature composite s'est trouvée écartelée par une tendance à l'autonomisation de chacune des dimensions, du fait entre autre du mouvement réformateur islamique (*islah*). En Egypte, par exemple, à la fin du 19e siècle, on a assisté en même temps à la configuration d'une sphère publique, à la dynamique de codification du droit et à l'émergence d'un mouvement constitutionnel. Cette reconfiguration de la sphère publique – qui apportait avec elle la mise en place d'un appareil d'État et des moyens de régulation juridique de sa relation avec ses citoyens – conduisit à la fragmentation progressive de la charia, entre un domaine juridique, où elle se retrouvait à la fois positivée et confinée, et un espace public, où elle acquérait une place de référent hégémonique articulé autour d'un noyau présenté comme authentique, civilisateur et normatif.

L'ambivalence de la charia se reflète dans la conception qu'en ont les gens qui s'en revendiquent[108]. Elle peut être tantôt « la base sur laquelle repose la loi », tantôt « un projet de vie », tantôt encore tout autre chose : « L'islam ne se réduit pas et ne se réduira jamais à des lois », me disait un avocat égyptien dans les années quatre-vingt-dix. Ainsi, d'une manière générale, la charia est un référent, non un contenu précis, et elle renvoie à l'idée d'une tradition authentique que la société tiendrait pour seule légitime. Quant à la vocation de ce référent, elle varie en fonction des visions du monde des uns et des autres.

Le panarabisme n'était, à l'origine, qu'une variante des nationalismes du 19e siècle. L'idée arabe s'exprima d'abord autour de la notion de califat arabe, telle que formulée par Abdelrahmane al-Kawakibi (m.1902), dans *La Mère des cités*, ou par Rachid Rida (m.1935), dans *Le Califat*. On remarque cependant qu'à chaque fois, l'argument arabe se trouvait articulé à l'affirmation islamique. Cette tendance se retrouve jusque dans la doctrine du Ba'th, le parti nationaliste arabe par excellence. Dans son *Manifeste* de 1943, Michel 'Aflaq (m.1989) parle de l'« esprit arabe » (*ruh 'arabiyya*), « cette essence irréductible » dont l'islam est une composante fondamentale : « l'islam est la pulsion vitale qui a révélé aux Arabes les forces qui résidaient en eux et qui les a projetés sur la scène de l'histoire ». 'Aflaq tente ainsi d'opérer une synthèse dans laquelle l'islam est arabe comme l'Arabe est musulman, où l'arabisme est le corps et l'islam, l'âme.

Le discours nassérien, bien que moins doctrinaire, est marqué des mêmes caractéristiques. L'islam y est considéré comme le moyen le plus aisé de toucher le pays en profondeur, mais il y est aussi doté d'une vocation mondiale. C'est ainsi qu'en annexe à la *Charte d'action nationale* de 1962, texte de référence du nassérisme, fut publié un *Rapport de la Charte* dont le premier chapitre était intitulé « Religion et Société » et qui visait à concilier modernité et héritage islamique. Le contenu islamique de ce socialisme coïncidait, à peu de choses près, au socialisme islamique des Frères musulmans : « Il croit en Dieu et en Ses messages prophétiques, dans les valeurs religieuses et morales; il croit à la communauté … tout en respectant la dignité humaine et la liberté individuelle ». Ceci nous montre, soit dit en passant, que l'opposition entre les Frères et Gamal Abdel Nasser (m.1970) ne se situait pas tant au plan idéologique qu'à celui de la lutte pour le pouvoir.

Le socialisme algérien n'était non plus dépourvu de toute référence à l'islam, voire d'islamisme avant l'heure. L'Association des ulémas musulmans algériens, fondée en 1931,

---

107 Chibli Mallat, « Islamic law, droit positif and codification: reflections on longue durée », communication à lors de l'atelier *Plurality of Norms and State Power from 18th to 20 th Century*, Vienne, 1997.

108 Baudouin Dupret, *Au nom de quel droit. Répertoires juridiques et référence religieuse dans la société égyptienne musulmane contemporaine*, Paris, LGDJ, 2000..

occupait, à l'indépendance, une position solide. Son influence se concrétisa dans l'élaboration de la doctrine du socialisme islamique, différente cependant de celle des Frères musulmans. Le début des années 1970 fut marqué par le renforcement de la tonalité islamique du discours officiel, avec le lancement de la revue *L'Authenticité* (*al-Asala*), qui traduisait bien l'ambivalence de l'islamisme algérien, à la fois dans et hors l'Etat. La revue symbolisait en effet aussi bien une instrumentalisation de l'islam par l'équipe dirigeante que la permanence de la visée fondamentaliste d'une partie de l'élite. Ce fut sur le terrain de la politique d'arabisation et autour de l'adoption du code de statut personnel que cette tonalité trouva sa pleine expression, sans jamais totalement aboutir : « La période qui a suivi la publication de l'avant-projet de Charte nationale a très bien démontré que derrière les masques et les fleurets mouchetés s'abritaient des adversaires non réduits ; les uns criant Islam chaque fois que les autres disaient socialisme ; le pouvoir martelant au-dessus de la mêlée : rénovation de l'Islam par le socialisme, Islam révolutionnaire ou militants socialistes + musulmans = Algériens ; quelque thuriféraire parlant même de socialisme islamique dont il n'est nulle trace »[109].

Il est donc faux de prétendre que le référent islamique disparut de la scène durant les trois premiers quarts du 20e siècle. Néanmoins, il s'est trouvé subordonné à l'objectif primordial de construction d'un Etat-nation. Si l'on en examine les traductions constitutionnelles, dans le contexte arabe, on observe ainsi l'inscription de l'objectif de « réaliser l'Etat arabe unifié » (art.1 de la Constitution irakienne de 1970), mais aussi la primauté de la « la défense des acquis socialistes, de leur consolidation et de leur préservation » (art.59 de la Constitution égyptienne de 1971). Toujours dans le contexte arabe, l'échec du nationalisme, la défaite de 1967, le déficit de liberté et l'impossible succès des politiques de modernisation de type autoritaire furent autant de facteurs qui facilitèrent l'émergence d'une vision politique de l'islam. Si la première partie du 20e siècle fut marquée par une translation de l'utopie du Califat vers l'utopie de la Nation arabe, la seconde partie fut davantage caractérisée, dans le chef des islamistes, par un retour à l'utopie originaire. Ce retour fut rendu possible par l'incapacité de la culture nationaliste à jouer un rôle concurrent à celui de la religion et, par conséquent, à permettre le développement d'idéologies faisant contrepoids à la religion.

En même temps, ce retour du référent religieux à l'avant-scène fut largement parrainé par les régimes au pouvoir qui n'avaient guère de difficultés à exploiter les points de convergence idéologiques. Parmi ceux-ci, l'utopie unitaire. Certains mouvements islamistes n'ont pas hésité à utiliser le terme de « *ba'th islami* » (résurrection islamique), tandis que les nationalistes se sont réapproprié le vocable d'« *umma* » (Communauté), qualifiée d'arabe pour l'occasion, en parallèle à la Umma islamiyya, la Communauté islamique à laquelle toute la littérature religieuse fait référence. La notion de justice sociale est un autre de ces points de convergence, comme en attestent les écrits de Sayyid Qutb (m.1966), la rhétorique des déshérités de la révolution iranienne ou le discours socialiste de la plupart des Etats arabes des années 1960.

Les multiples conjonctions du nationalisme et de l'islamisme permettent de se rendre compte à quel point l'entreprise nationaliste n'a jamais eu l'intention de se démarquer de l'ancrage musulman des sociétés, mais plutôt de trouver des racines islamiques cautionnant le projet avancé, tout en écartant du pouvoir les tenants premiers de ce « retour aux sources ». La pierre d'achopement n'est donc pas idéologique, du moins pas principalement. L'enjeu est davantage politique. La dénonciation de l'illégitimité des pouvoirs en place, la mise en accusation des pratiques autoritaires, la lutte contre le népotisme et la corruption, telles sont les constantes de l'islamisme. Le défi était d'autant plus grand pour les régimes en place que les formes laïques

---

109 VATIN, Jean-Claude, « Chronique Algérie », *Annuaire de l'Afrique du Nord – 1976*.

d'opposition avaient échoué ou se trouvaient récupérées. Leurs modes de réaction ont varié, entre les concessions et les violences, l'intimidation et l'islamisme d'Etat, cette dernière technique visant à assurer au régime une stabilité que la coercition ne suffisait pas à lui procurer, à lui conférer une légitimité rendant inopérante les revendications islamistes.

C'est cette double situation de convergence idéologique du nationalisme et de l'islamisme et de récupération instrumentale de la rhétorique islamiste par les régimes au pouvoir qui explique le caractère inversement proportionnel de la victoire de formations islamistes, dans le sillage du bien mal dénommé Printemps arabe, et du recours au répertoire de l'islam et de la charia. L'avènement d'anciennes oppositions partisanes aux deux pieds ancrés dans l'islam politique n'avait rien de surprenant, si l'on veut bien se souvenir que les seules formations structurées d'opposition aux régimes autoritaires avaient quitté les rivages du marxisme et du socialisme et fait voile vers ceux de l'authenticité religieuse. Mais en même temps, sur le terrain de l'islam, bien peu de choses distinguaient les régimes de leurs oppositions. En Egypte, les caciques du Parti National Démocrate rivalisaient sous la coupole du Parlement pour faire état de leur piété. En Algérie, plusieurs partis se revendiquant de l'islamisme participaient depuis des années au gouvernement, lequel est par ailleurs engagé dans la construction de la plus grande mosquée du monde. Le Soudan a, pour sa part, adopté un code pénal labellisé « islamique ». Et l'on fait difficilement plus dogmatique que la monarchie saoudienne. En somme, la pertinence islamique s'était depuis longtemps imposée dans l'espace public au point de devenir incontournable, au point qu'il n'était plus possible de ne pas lui payer tribut. Au point aussi de ne pas avoir à entrer dans un processus inflationniste en matière de référence islamique, dès lors que l'essentiel était acquis en la matière. A cet égard, on peut dire que l'islam idéologique s'est dissout dans l'islam politique, c'est-à-dire dans les jeux du pouvoir et de la politique.

Un référent incontournable, un contenu diversifié

La référence à la charia peut se faire de différentes manières, dont certaines sont politiques. Cela signifie qu'on y recourt dans un cadre institutionnel, dans un processus électoral ou dans des manifestations d'opposition au pouvoir en place. Ces usages politiques se font à partir d'un répertoire de nature religieuse, qui vient donner sa crédibilité à l'action menée en son nom. Cela ne signifie pas que religion et politique soient confondues, bien au contraire. Chacune répond à des logiques multiples, qui trouvent parfois à converger. Cela ne signifie pas non plus que l'usage politique de la religion soit purement cynique, pas plus que cela n'exclut tout calcul de coûts et bénéfices. Lorsqu'un homme politique demande à ce que, au nom de la religion et de sa conviction, une loi soit votée qui prohibe la vente d'alcool, il n'agit sans doute pas seulement sous le coup de sa seule volonté de voir s'appliquer l'ordre divin ; il formule aussi une position politique qui lui est profitable, parce qu'elle correspond, dans son appréciation des choses, à une attente de l'opinion. Il peut donc parfaitement en escompter un gain de popularité, voire un gain électoral. En même temps, ce calcul n'est possible que si le système de référence sur lequel il appuie sa proposition est crédible, c'est-à-dire, dans le contexte islamique, si le jeu de langage religieux est largement présent, disséminé et accepté. A cet égard, il n'existe aucune raison d'exclure que lui-même souscrive à ce jeu de langage. On le voit, la référence religieuse relève, dans ce cas, d'autre chose que de la politique et ne lui est donc pas réductible. Toutefois, elle l'influence aussi directement. En d'autres termes, le fait qu'il agisse par calcul politique ne contredit pas le fait qu'il soit convaincu de la justesse de sa demande : on peut à la fois désirer

le pouvoir, combattre pour une norme et chercher à accéder au premier en utilisant la seconde[110]. De ce point de vue, les usages politiques de la Loi divine ne dessinent pas une conception musulmane de la politique, mais une manière normale de faire de la politique en recourant à un cadre de référence islamique. Ce cadre de référence fonctionne de manière banale, dans la mesure où il s'agit de référer une prise de position à des principes généralement admis et donc allant de soi. Comme ce qui va de soi ne demande pas à être démontré, cela favorise l'économie argumentative et oblige souvent les autres protagonistes à un alignement discursif (il n'est en effet pas facile de contester publiquement ce qui est reconnu par beaucoup d'autres). Cela ne signifie pas pour autant que le contenu donné à ce répertoire commun de référence soit partagé par tous, loin s'en faut. Ce que les gens placent derrière un référent comme la charia peut être contrasté et les conséquences qu'ils tirent de l'invocation de ce référent communément admis peuvent être diverses et même contradictoires.

L'une des caractéristiques propres à l'usage politique de la charia réside dans le consensus qui prévaut sur la nécessité d'y faire référence. En même temps, les variations peuvent être très importantes quant à son contenu. Comme il est quasiment impossible de se soustraire à l'exigence de s'y référer, les acteurs politiques agissent en anticipant les positions que d'autres pourraient avoir, en préemptant leur argument ou en procédant par procès d'intention. Des stratégies politiques se dessinent, dès lors, qui visent à contraindre les adversaires à s'aligner sur le registre imposé et donc à réduire leur marge de manœuvre. Ces stratégies ont toutefois un coût : en s'inscrivant dans le registre religieux, on se place dans un cadre argumentatif contraignant qui rend certains combats plus difficiles que d'autres, entre autre dans le domaine des mœurs et des libertés. Ainsi en va-t-il des questions liées à l'égalité des hommes et des femmes, à la liberté de conscience ou à la libéralisation des relations sexuelles. On remarque, en outre, que ce sont les circonstances particulières qui donnent au registre de la charia un contenu spécifique. Celui-ci ne prend corps qu'en fonction des situations dans lesquelles il est invoqué. Ainsi n'est-il pas possible de savoir à l'avance, avec certitude, quels seront les arguments et, plus encore, lequel l'emportera, sur des sujets aussi divers que, par exemple, le prêt à intérêt, le divorce à l'initiative de l'épouse, l'éthique biomédicale, la restauration de la virginité, l'homosexualité, la vente d'alcool, le tourisme, le port du voile, l'apostasie ou le blasphème.

Ce n'est pas que le contenu soit inventé de manière opportuniste par des acteurs politiques cyniques, mais plutôt qu'il existe un éventail extrêmement étendu de solutions possibles, au regard de la norme islamique de référence, et que c'est un rapport de force politique, adossé sur une vision morale du monde, qui conduit à ce qu'une configuration s'impose plutôt qu'une autre. Autrement dit, ce qui varie, ce n'est pas le contenu de la charia, c'est l'état de l'opinion sur ce contenu. « De ce point de vue, s'appuyer sur la Loi divine dans le cours d'une action politique, c'est d'abord s'appuyer sur un état de l'opinion – du moins tel qu'on l'interprète. Cette attitude est bien sûr éminemment politique. C'est ce que font de manière générale les politiciens. Au demeurant, rien n'est plus normal puisque c'est le cours et les variations de cette opinion qui déterminent au moins partiellement leur destinée (pour ne pas dire plus crûment leur carrière) »[111]. Ce jeu politique est avant tout celui du conformisme, dont il est difficile pour un acteur politique de se démarquer sans en payer lourdement le prix. Et le conformisme, dans les sociétés à majorité musulmane d'aujourd'hui, passe par une référence conservatrice à l'islam et à sa normativité, la charia. Certes, chacun peut se l'approprier à ses propres fins, mais

---

[110] Jean-Noël Ferrié, in B. Dupret (dir.), *La Charia aujourd'hui*, 2012. Baudouin Dupret et Jean-Noël Ferrié, « Participer au pouvoir, c'est imposer la norme : sur l'affaire Abu Zayd (Egypte, 1992-1996) », *Revue Française de Science Politique*, 47/6, 1997.
[111] Ferrié, *op.cit.*

cela suppose malgré tout d'en accepter le passage obligé : faire de la politique en contexte musulman, c'est, tant que le référent islamique y est dominant, en reconnaître la primauté – fut-elle purement symbolique.

Droit référé à l'islam et dévolution des pouvoirs en matière religieuse

L'expression « droit musulman » est devenue impropre pour désigner aussi bien le droit de pays de confession majoritairement musulmane qu'une série de mécanismes qui ne s'inscrivent pas dans la continuité du *fiqh* mais relèvent de techniques propres à la légistique et au constitutionnalisme contemporains. Un phénomène particulier est en effet observable, entre autre au niveau des constitutions des Etats à majorité musulmane. C'est celui d'un référencement à l'islam, à la charia ou au *fiqh*. Il ne s'agit plus ici de codifier la Loi islamique, mais, pour l'essentiel, de renvoyer les législateurs contemporains à cette Loi pour qu'elle inspire leurs travaux. Ainsi en va-t-il des dispositions faisant de l'islam la religion de l'Etat, stipulant la confession islamique du chef de l'Etat ou faisant de la normativité islamique la source d'inspiration du droit positif.

Avec le mouvement de transition initié par le renversement du régime tunisien, en janvier 2011, et la mise en chantier de nouveaux textes constitutionnels, cette question a pris une nouvelle actualité, d'autant que ce sont des forces politiques islamo-conservatrices qui sont sorties vainqueurs des urnes. Le souci de consensus politique semble pourtant l'avoir souvent emporté sur le désir d'hégémonie religieuse et le pragmatisme idéologique, avoir prévalu sur l'idéal utopique. Une des raisons permettant d'expliquer la facilité avec laquelle cette tendance pragmatique s'est imposée tient sans doute à la plasticité même du référent que constitue la charia et à sa capacité à fonctionner comme une ressource modulable plutôt que comme un ensemble de règles contraignantes.

Nombreuses sont les constitutions d'Etat à la population majoritairement musulmane qui font référence à l'islam. Cela se traduit, généralement, à quatre niveaux : le préambule, la détermination d'une religion d'État, le principe de conformité de la législation aux principes de la religion et les conditions que doit remplir le chef de l'État. L'inscription de l'islam comme religion de l'État est une pratique ancienne, qui remonte aux années 1950[112]. Certaines constitutions réservent les hautes fonctions à des musulmans et la dévolution du trône dans les monarchies se fait par voie de géniture musulmane. Plusieurs constitutions, en outre, limitent l'étendue de certains droits et libertés au respect de la charia, de même qu'elles affirment le caractère central de la famille formée autour de la religion et des valeurs islamiques. De très nombreux textes fondamentaux ont consacré la valeur normative de la charia, des principes de la charia ou du *fiqh* islamique, mais ils divergent quant à la place à lui accorder. Trois expériences constitutionnelles spécifiques vont nous permettre d'explorer la nature contrastée de la référence à l'islam.

En Égypte, la Constitution du 11 septembre 1971 marque une rupture, en ce sens qu'elle introduit, pour la première fois, une référence à la normativité de l'islam dans le système institutionnel, en disposant, à l'article 2, que « les principes de la charia sont une source principale de la législation ». Le 22 mai 1980, l'article 2 est amendé et dispose dès ce moment que « les principes de la charia sont la source principale de la législation ». Pour la commission spéciale chargée de préparer la réforme constitutionnelle, cette nouvelle formulation vise à « contraindre le législateur à recourir aux commandements de la charia, à l'exclusion de toute

[112] Bien que des pays comme l'Indonésie ne l'aient pas fait, alors que d'autres, comme la Turquie, affirment le caractère séculier de l'État.

autre source, pour y découvrir ce qu'il recherche ; si alors il n'y trouve pas de commandement explicite, il peut, par déduction à partir des sources de l'interprétation (*ijtihad*) de la charia, parvenir aux règles qu'il convient de suivre ».

Sur la base de cet article, de nombreux recours en inconstitutionnalité ont été introduits devant la Haute Cour Constitutionnelle (HCC), dont la jurisprudence présente un intérêt tout particulier. Dans un premier temps, cette juridiction a eu tendance, quand elle était saisie d'un recours en inconstitutionnalité, à éviter de s'engager sur le terrain de l'interprétation de la charia. C'est ainsi que la HCC a annulé, le 24 mai 1985, le décret-loi Jihan (du nom de l'épouse du président Anouar al-Sadate, qui en était l'inspiratrice), portant réforme du statut personnel[113], non pas pour sa prétendue contravention à l'article 2 tel que nouvellement amendé, mais bien le motif, purement technique, qu'il n'y avait pas lieu, pour modifier un texte datant de 1929 et n'ayant pas été modifié depuis lors, d'utiliser la voie du décret-loi propre aux pouvoirs d'exception conférés par la Constitution au président de la République. Dans un autre arrêt pris le même jour, la HCC a formulé un principe qui a fait jurisprudence. À l'origine du recours, il y avait la condamnation du ministère des Waqfs et de la Faculté de médecine de l'Université d'al-Azhar à s'acquitter d'une dette importante à laquelle étaient venus s'ajouter des intérêts moratoires, comme prévu par le Code civil. Cet article fit l'objet d'un recours en inconstitutionnalité et la HCC établit alors son principe de non-rétroactivité de l'article 2 : « L'obligation faite au législateur de prendre les principes de la charia comme source principale de la législation … ne s'étend qu'aux textes légaux promulgués après la date de son entrée en vigueur… Quant aux lois antérieures à cette date, elles ne peuvent pour cette seule raison être soumises à cette obligation, et se trouvent par là-même hors d'atteinte du contrôle de constitutionnalité ». La HCC ajoute que l'application de la charia comme s'il s'agissait de règles codifiées entraînerait des risques de contradiction et de déstabilisation de l'ordre juridique.

Toutefois, avec le temps, les possibilités de recours en inconstitutionnalité concernant des textes postérieurs à cette réforme se sont multipliées. C'est ainsi que, dans un arrêt du 15 mai 1993, la Cour a été amenée à explicitement se placer sur le terrain de la charia et de son interprétation. Elle y précise ce qu'il y a lieu d'entendre par charia et ce qui, dans ce cadre, peut faire l'objet d'un travail d'interprétation. Il s'agissait de l'affaire d'une femme divorcée, qui avait déposé un recours pour obtenir la garde de son fils et le droit de rester avec lui dans l'ex-domicile conjugal, conformément à la loi n° 100 de 1985. Elle réclamait également le droit de toucher une compensation d'un montant équivalent à dix années de pension alimentaire. Arguant de la non-conformité de ces deux dispositions à la charia, l'ex-mari avait saisi la HCC. Dans sa décision, la Cour établit une distinction entre les principes islamiques absolus et les règles relatives. Pour elle, seuls les principes « dont l'origine et la signification sont absolues », c'est-à-dire les principes qui représentent des normes islamiques non contestables, que ce soit dans leur source (Coran, Sunna, consensus, analogie) ou dans leur signification, doivent être obligatoirement appliqués, sans marge d'interprétation possible. Il existe toutefois aussi, pour la HCC, un ensemble de règles considérées comme relatives, qui sont sujettes à interprétation, sont évolutives dans le temps et dans l'espace, sont susceptibles de divergences d'interprétation et peuvent s'adapter aux besoins changeants de la société. Si la Haute Cour constitutionnelle « a reconnu la valeur juridique des principes de la charia islamique et la nécessité pour le législateur de respecter ceux 'dont l'origine et la signification sont absolues', c'est

[113] Cette loi, entre autres choses, accordait à la première épouse dont le mari contracte un nouveau mariage à son insu un droit quasi-automatique au divorce.

paradoxalement pour mieux en limiter les effets. Elle se déclare liée par les normes issues de la charia islamique, mais se réserve le droit d'en déterminer le contenu »[114].

Une nouvelle constitution a été promulguée en Égypte le 26 décembre 2012. Elle reprend intégralement l'article 2, tout en ajoutant une nouvelle disposition, l'article 219, qui établit que « les principes de la charia islamique englobent ses preuves générales et ses règles fondamentales et doctrinales, de même que ses sources prises en considération par les écoles sunnites (*ahl al-sunna wa-l-jama'a*) ». La formulation alambiquée de cet article et son insertion en fin de texte témoignent du caractère précipité de l'adoption de la constitution égyptienne, mais elles reflètent aussi la volonté de circonscrire les pouvoirs de la HCC en définissant, en ses lieu et place, les termes « principes de la charia » formulés à l'article 2. Ces principes sont énoncés de manière très englobante : le terme de « preuves générales » (*adilla kulliyya*) renvoie à tout ce qui procède de la révélation ; celui de « règles fondamentales » (*qawa'id usuliyya*) renvoie à la science des fondements de la doctrine (*'ilm usul al-fiqh*) ; celui de « règles doctrinales » (*qawa'id fiqhiyya*) renvoie à la doctrine islamique, le *fiqh* ; celui de « sources prises en considération par les écoles sunnites » (*al-masadir al-mu'tabara bi-madhahib ahl al-sunna wa-l-jama'a*) renvoie à tout ce sur quoi les écoles doctrinales sunnites s'appuient. Autrement dit, les principes de la charia correspondent à toutes les sources de la normativité islamique. Rien n'est dit, en revanche, sur le type de contrainte que ces principes exercent sur le législateur égyptien et, partant, sur la HCC, quand elle est tenue d'en vérifier l'observance.

Avec le coup d'État de juillet 2013, l'ouvrage de la constitution égyptienne s'est trouvé remis sur le métier. Le nouveau régime, qui a écarté les Frères musulmans du pouvoir, a en effet chargé une commission d'experts de faire des propositions d'amendement du texte de 2012. Nul doute que l'article 219 fera partie des dispositions qui seront amendées. Cela ne changera toutefois pas grand-chose au paysage constitutionnel égyptien, tant la charia s'y impose comme un répertoire de référence et non comme un contenu substantiel et contraignant.

Contrairement à l'Égypte, aucun texte, en Tunisie, ne fait de la charia une source formelle du droit. Dans la Constitution de 1959, l'article 1er stipule que « La Tunisie est un État libre, indépendant et souverain ; sa religion est l'islam, sa langue l'arabe et son régime la République ». Cette formulation, adoptée à l'initiative de Bourguiba pour surmonter les divergences apparues au sein de la première constituante, pourtant monopolisée par les membres du Front national (le Néo-Destour et ses alliés), a ménagé, avec également le préambule qui invoque l'islam, des interstices dans lesquels n'ont pas manqué de s'engouffrer certaines franges conservatrices (et souvent youssefistes[115]) du pouvoir judiciaire.

Une partie de la jurisprudence tunisienne s'est saisie de cet article pour donner à la charia le statut de source subsidiaire, en cas de lacune ou d'obscurité de la loi, particulièrement dans le domaine du statut personnel. Dans les décisions qui s'y réfèrent, elle constitue ainsi « la source » du statut personnel, alors pourtant qu'elle n'en est en théorie qu'une parmi d'autres. Dans d'autres branches du droit civil, certains juges ont également recouru à la charia en invoquant le fait qu'elle a constitué une des sources matérielles du Code des obligations et des contrats. Quant à la doctrine tunisienne, elle s'est longtemps interrogée sur le droit du juge à élever la charia au rang de source subsidiaire. Pour ceux qui y étaient favorables, la question

[114] Nathalie Bernard-Maugiron, « La place de la charia dans la hiérarchie des normes », dans Baudouin Dupret (dir.), *op.cit.*, p.61.
[115] Salah Ben Youssef (m.1961) fut l'un des principaux chefs de file du mouvement national tunisien. De fidèle lieutenant de Bourguiba, il en devient ensuite l'opposant et ennemi juré.

était de savoir quelle était la bonne interprétation de la charia, tandis que pour ceux qui y étaient opposés, la question était d'imaginer le moyen de l'évacuer de l'ordre juridique positif[116].

Ces tensions n'ont pas manqué de ressurgir à l'occasion de la transition politique initiée par la chute du régime de Ben Ali. Dans l'avant-projet de la Constituante, déposé le 1er juin 2013, la référence à l'islam est laconique, bien que la question ait été longuement débattue et n'ait pas manqué de susciter des controverses aussi nombreuses que virulentes. Le fait est qu'en Tunisie comme en Égypte, un paradoxe s'est dessiné entre, d'une part, la polarisation de la scène politique autour de l'opposition islamique-libéral et, de l'autre, la faible présence du référent islamique dans les textes officiels. Le pragmatisme politique d'Ennahda, le représentant historique de la tendance islamo-conservatrice, à la tête depuis 2011 du gouvernement issu des premières élections libres en Tunisie, l'a conduit à renoncer à faire mention de la charia comme source de la législation. Cela ne signifiait nullement d'abandonner le projet de moralisation islamique de la société et de l'État, mais seulement, comme dans la Turquie de l'AKP d'Erdogan, d'une certaine manière, de substituer aux actions d'éclat portant sur des symboles une perspective plus gradualiste faisant fond de la reconnaissance de facto de la charia comme source de la loi et de la jurisprudence. Rachid Ghannouchi, le leader d'Ennahda, ne disait-il pas, lors d'une conférence de presse, le 26 mars 2012 : « Près de 90% de nos lois et autres textes législatifs sont tirés ou ont pour source la charia »[117].

Par un jeu d'imbrication des articles du projet de Constitution, en outre, l'islamité de l'État tunisien se trouve renforcée sans qu'il ne soit besoin de le dire expressément. L'article 1er reproduit la formule de la Constitution de 1959, qui dit de la Tunisie que « sa religion est l'islam ». La formule est ambiguë, mais l'article 141 le transforme en « religion de l'État » en excluant qu'une révision constitutionnelle puisse lui retirer cette qualité. L'article 2 parle d'« État civil » et l'article 6 investit l'État de « la protection de la religion », ce qui, dans un État dont la religion est constitutionnellement l'islam, revient à garantir la possibilité de recourir au référent islamique et à son corollaire, la charia, si le besoin s'en fait sentir ou si le climat politique l'autorise. « Toutes ces ambiguïtés, orchestrées par des polémiques et des procès d'intention, soulignent l'importance de la question de la référence à l'islam en tant que ressource et contrainte dans la structuration inchoative du champ politique »[118].

On notera cependant que ce débat sur la nature de la Tunisie et de son État n'est pas nouveau – on peut le faire aisément remonter au mouvement réformiste du 19e siècle. Par ailleurs, rien n'est précisé sur ce qu'il y a lieu d'entendre quand les termes « islam » et « charia » sont prononcés. Comme en Égypte, ils fonctionnent comme un référent dont l'interprétation ne fait pas consensus. Ils peuvent concourir à la structuration du champ politique tout en conservant une plasticité forte. Ils survivent aux différentes conjonctures politiques et leur pérennité atteste d'une certaine permanence idéologique. Ce qui a changé, ce sont les règles de la pratique politique et, entre autres, l'introduction de la concurrence électorale.

Le cas du Maroc s'avère également intéressant, sur cette question de la référence à l'islam et de la dévolution des compétences religieuses. L'histoire constitutionnelle du pays est riche. Après la Constitution de 1970, de facture autoritaire, il y eut la Constitution de 1972, qui réintroduisait les partis dans le jeu politique après que le roi eut acquis la conviction, suite à

---

[116] Monia Ben Jemia, « Le juge tunisien et la légitimation de l'ordre juridique positif par la charia », dans Baudouin Dupret (dir.), *op.cit.*

[117] On peut rapprocher cette déclaration des propos que me tenait déjà, dans les années 1990, l'avocat et publiciste égyptien Muhammad Salim al-'Awwa, proche des Frères musulmans, pour qui le problème n'était pas tant de nature juridique que politique et éthique (Voir Dupret, *op.cit.*).

[118] Michel Camau, communication personnelle.

deux tentatives de coup d'État, que l'appareil sécuritaire pouvait lui faire défaut. Une importante réforme fut apportée, en 1996, qui préparait l'alternance consensuelle de 1998 et posait les fondements de la succession. La Constitution de 2011 se situe dans le prolongement de cette évolution réformiste, accélérée par la version marocaine du Printemps arabe dont le pouvoir s'est saisi comme d'une opportunité pour engager un remodelage politique consensuel. La Constitution présente trois caractéristiques essentielles : la délimitation d'un large périmètre d'action en faveur du chef du gouvernement, qui dispose des moyens nécessaires pour mener à bien sa tâche et, surtout, pour contrôler la majorité parlementaire le soutenant ; l'affirmation des pouvoirs d'arbitrage et d'influence du souverain ; la mise en place d'instances indépendantes responsables de la protection et du développement des droits. Cette séparation vise moins à séparer l'Exécutif, le Législatif et le Judiciaire qu'à délimiter les sphères d'influences de trois blocs fonctionnels.

Si l'on en vient aux dispositions touchant à la religion, on remarque la distinction entre référentiel islamique et dévolution des pouvoirs en matière religieuse. Contrairement à la plupart des constitutions des États de la Ligue arabe, la référence à l'islam est, dans le cas marocain, plutôt laconique. L'article 3 en fait « la religion de l'État », tout en reconnaissant « le libre exercice des cultes » [119]. Bien que la liberté de conscience ne soit pas reconnue dans la Constitution – en dépit de son inscription dans une mouture antérieure – l'article 25 stipule que « sont garanties les libertés de pensée, d'opinion et d'expression sous toutes leurs formes ». Contrairement à la technique de restriction de la portée de la stipulation par le renvoi à la loi – qui lui apporte des limites ou en conditionne l'application – ce texte établit un principe intangible. Ainsi, on le voit, la prééminence de l'islam n'est-elle pas doublée d'une référence à la Loi islamique (charia) ou à sa doctrine (*fiqh*). L'islam, religion de l'État, est avant tout un référentiel national. Le texte précise, en effet, que dans sa « version modérée », la « religion musulmane » constitue une des constantes fédératrices de l'État, avec l'unité nationale, l'intégrité territoriale, et l'identité une et indivisible de la Nation (art.1). Les articles de la Constitution qui se réfèrent à la religion musulmane mettent en exergue quasi-systématiquement les principes de tolérance et d'ouverture, ainsi que la liberté des cultes. Ce qui est caractéristique du système constitutionnel marocain, c'est, à l'inverse des situations où la légitimité religieuse du chef de l'État fait défaut, le caractère superflu de l'identification de la normativité islamique comme référent constitutionnel. La Constitution de 2011 ne déroge pas à cette constante.

La nouvelle constitution se distingue toutefois des textes précédents dans la dissociation qu'elle opère entre les fonctions du roi chef de l'État et arbitre suprême et le roi commandeur des croyants (*amir al-mu'minin*). À l'article 41, elle stipule, en effet : « Le roi, commandeur des croyants, veille au respect de l'islam. Il est le garant du libre exercice des cultes. Il préside le Conseil supérieur des oulémas, chargé de l'étude des questions qu'il lui soumet. Le Conseil est la seule instance habilitée à prononcer les consultations religieuses (*fatwa*) officiellement agréées, sur les questions dont il est saisi et ce, sur la base des principes, préceptes et desseins tolérants de l'islam. Les attributions, la composition et les modalités de fonctionnement du Conseil sont fixées par dahir. Le roi exerce par dahirs les prérogatives religieuses inhérentes à l'institution de la commanderie des croyants qui lui sont conférées de manière exclusive par le présent article. »

---

[119] Notons également l'article 175 de la Constitution : « Aucune révision ne peut porter sur les dispositions relatives à la religion musulmane, sur la forme monarchique de l'État, sur le choix démocratique de la nation ou sur les acquis en matière de libertés et de droits fondamentaux inscrits dans la présente Constitution ».

En d'autres termes, la Constitution distingue les deux « corps » du roi et s'attache à réduire la possibilité de rabattre les compétences de l'un sur l'autre. Dans le fil d'une évolution qui marque la sécularisation de la fonction sultanienne, amorcée avec l'instauration du Protectorat et poursuivie par le mouvement nationaliste[120], ceci permet d'imaginer, à long terme, un approfondissement de la démarcation des deux fonctions, où le rôle exécutif du chef de l'État deviendrait toujours plus arbitral, alors que son rôle d'autorité religieuse suprême s'exercerait de manière vigoureuse et extensive. Pour l'heure, cependant, c'est à titre exclusif que le roi exerce les pouvoirs de commanderie des croyants. **La dévolution différenciée des compétences royales s'accompagne ainsi d'une définition maximale des pouvoirs du souverain dans le domaine de la régulation religieuse. La question qui se pose est alors de savoir à quoi correspond précisément la commanderie des croyants. Elle ne fait pas l'objet d'une liste, ni exemplative ni a fortiori exhaustive, énumérant les compétences qui y sont relatives. On peut parler, à cet égard, de subsidiarité : tout ce qui n'est pas explicitement extérieur à la religion est susceptible d'y être rattaché par la volonté du commandeur des croyants. L'histoire récente a fourni un exemple de ce type de rattachement, quand le roi s'est engagé du nouveau Code du statut personnel[121]. La régulation de ce droit ne relevait pas de la religion stricto sensu, mais c'est bien au titre de la commanderie des croyants que Mohamed VI s'en est saisi. On peut imaginer une multitude de domaines où le même mécanisme pourrait être actionné, sans que ni le Législatif, ni l'Exécutif, ni la Cour constitutionnelle ne puisse y opposer grand-chose : liberté de conscience, avortement, peine de mort, héritage, organisation publique du jeûne de Ramadan, légalité des relations sexuelles hors-mariage, finance islamique, etc.**

Le système marocain a ceci de particulier qu'il est capable de rétrécir le champ normatif de la charia. Comme le fait remarquer Mohamed Mouaqit, cela opère dans une mesure inversement proportionnelle à la centralité de la commanderie des croyants. Là où, comme au Maroc, la symbolique de la commanderie est forte constitutionnellement, la normativité de la charia est moins déterminante politiquement, « comme si la force de la première avait un effet compensatoire de la faiblesse de la seconde ». Le Maroc est donc un cas de surdétermination de l'ordre monarchique plutôt que de la charia. Le pouvoir du roi conforte ou contrarie la normativité de celle-ci selon qu'il veut en tirer parti ou, au contraire, la contenir. Quand il s'agit de nationaliser l'ordre juridique en islamisant ses sources ou de tenir en échec les forces politiques de gauche, la tendance est à l'exploitation opportuniste de cette ressource. En revanche, quand il s'agit d'endiguer la poussée islamiste, la tendance est à contingenter la normativité de la charia à l'aide de la commanderie islamique[122].

La charia comme idéologie

On sait que les religions changent, aussi déstabilisant soit le propos pour ceux qui sont attachés à la permanence. Cela vaut pour l'islam, qui n'est pas une « nomocratie » irréductiblement figée dans son passé. La façon dont les domaines religieux et politique sont articulés agit très directement sur la forme des discours de légitimation de l'autorité. Ceux-ci oscillent entre idéologie et utopie. Autant il est difficile de dégager une vérité politique, constitutionnelle ou morale à partir des sources de la normativité islamique, autant il est clair que les gens, quand ils se réfèrent à un passé fondateur et l'interprètent, participent à la recréation de leur tradition. Ce faisant, ils nourrissent des utopies. Quand celles-ci s'ancrent à

---

120 Voir Hassan Rachik, conférence donnée à la fondation Bouabid en 2012 : http://youtu.be/EZG4xENiS_c.

121 Voir le chapitre 8.

122 Mohamed Mouaqit, « Marginalité de la charia et centralité de la Commanderie des croyants. Le cas paradoxal du Maroc », dans Baudouin Dupret (dir.), *op.cit.*

nouveau dans la réalité politique et sociale, pour s'y concrétiser, elles se transforment en idéologies. Il n'est pas absurde de penser que la charia se voit aujourd'hui confirmée dans cette fonction, particulièrement dans les contextes d'accession au pouvoir de forces islamo-conservatrices.

Par idéologie, j'entends, à la suite de Paul Ricoeur, cet ensemble de représentations partagées, dans une société donnée, et transformées en action. Ces représentations sont à la fois morales et normatives. Quand elles sont projetées dans l'arène politique, ces idées-valeurs acquièrent souvent un statut non questionnable. C'est ce que Jean-Noël Ferrié appelle un effet de solidarité négative[123]. Dans leur constitution, les idées politiques s'appuient sur ce qui fait sens dans un contexte donné, dans un mouvement de réappropriation qui leur permet de s'adjoindre le poids de la normativité tout en demeurant assez libres de lui conférer un contenu nouveau. De ce processus de sédimentation idéologique émergent des rationalisations nouvelles. Le discours politique prétend alors exprimer — alors qu'en fait il construit — ce que tout le monde est censé savoir, produisant de la sorte des métaphores et un sentiment d'appartenance, de continuité et de cohérence. Quel que soit son degré d'innovation, le discours idéologique réaffirme incessamment son ancrage dans des liens préexistants et profonds, ce qui permet de projeter une version toute personnelle de la réalité dans l'univers du consensus public et, en même temps, de naturaliser son autorité.

La normativité islamique est en cours d'intégration dans les domaines politique et constitutionnel, mais aussi moral et social en général. La charia, en tant qu'elle associe une appréhension du monde et un ordre de valeurs et en tant qu'on se la représente comme telle, a tendance à être particulièrement exploitable en termes idéologiques. La charia est devenue en quelque sorte consubstantielle de la vie publique et politique, dans le contexte de sociétés majoritairement musulmanes. La plupart des protagonistes de la vie politique tendent à en projeter la représentation qu'ils s'en font et l'utilisation qu'ils prétendent en avoir sur la scène publique, laquelle est censée n'y voir que l'expression d'une évidence. Les opinions sur son contenu demeurent très variées, mais il est devenu difficile, dans le monde musulman contemporain, de se positionner hors de l'espace qu'elle définit. Il ne s'agit certes que d'un cadre, mais c'est le cadre d'un tamis au crible duquel tout discours semble devoir passer.

[123] Ferrié, *Le Régime de la civilité. Public et réislamisation en Égypte*, CNRS-Editions, Paris, 2004.

CHAPITRE 10

LA CHARIA MINORITAIRE

Mondialisation et migrations ont eu un impact majeur sur le brassage des religions et les manières de vivre la foi. Les dogmes et les pratiques de populations d'origines diverses ont été affectés de manière profonde, au point que de nombreuses traditions locales se sont trouvées en quelque sorte « globalisées ». Les religiosités locales des migrants musulmans ont été brassées et les pays de résidence ont servi de creuset à l'émergence de nouveaux modes d'expression de la foi, du rapport à la norme islamique, de relation à la tradition. Souvent, ce que l'on appelle, par un raccourci, la « religiosité populaire » a vu ses particularismes s'estomper au profit de modes plus homogènes – et également allogènes – de formulation des règles vestimentaires, alimentaires, sexuelles, morales en un mot. A cet égard, certains courants ont pu imposer leur vision de l'islam et de ses normes, au point d'en faire les nouvelles versions de l'orthodoxie. La charia n'a pas échappé à cette dynamique à laquelle, jusqu'à un certain point, elle doit son retour en vogue. Ce phénomène de brassage en a distillé une décoction standardisée et sans doute appauvrie, qui semble en même temps détenir une vertu multifonctionnelle, à la fois juridique, politique, éthique, discursive, médiatique, identitaire.

La présence de musulmans dans des pays dont l'obédience n'est pas majoritairement islamique a fait émerger de nombreuses questions. Certaines sont d'ordre juridique et portent sur la reconnaissance de droits inspirés par la normativité islamique dans des Etats largement séculiers. D'autres touchent à la pratique par le croyant de sa religion et à la possibilité de vivre sa foi dans des sociétés où prédomine la référence aux droits humains et le principe de neutralité religieuse de l'Etat. Dans ce cas, la question de la normativité islamique acquiert souvent une dimension morale. Il s'agit de savoir comment vivre en conformité avec ses convictions dans des situations où l'on ne partage pas nécessairement ces dernières avec la majorité de la population. En-dehors des sociétés majoritairement musulmanes, l'on peut également recourir à la charia comme marqueur identitaire et éventuellement politique. Le contenu supposé de ses règles est alors censé définir les contours d'une communauté fondée sur l'appartenance religieuse et sur le rejet de l'ordre laïc. Mais la charia, c'est aussi un objet mise en discours, dans les médias, les sociétés occidentales, les droits sécularisés, par des personnes qui ne s'en revendiquent pas pour elles-mêmes, mais en supposent la nature et en imputent l'observance à autrui.

Le droit international privé comme porte d'entrée de la normativité islamique

Sous l'impact du phénomène migratoire, avant toute autre chose, les ordres juridiques des pays occidentaux se sont trouvés confrontés à l'altérité. La rencontre de règles juridiques et de normativités diverses coïncide avec l'émergence des Etats-nations et le développement de systèmes juridiques propres. La construction d'un droit national codifié fut une entreprise de rationalisation autant que de de centralisation, et c'est pour cela que l'expérience fut un succès à l'échelle mondiale : elle offrait une nouvelle technologie d'ordonnancement des rapports sociaux.

La multiplication de droits nationaux a conduit à la mise en place de dispositifs permettant de trancher les conflits de lois. Il existe des situations, en effet, où des droits nationaux multiples sont susceptibles de s'appliquer et sont en éventuelle contradiction. Le droit international privé est cette branche du droit interne de chaque Etat qui règle les conflits pouvant surgir du fait de l'existence d'éléments propres à un ordre juridique étranger. Par le truchement de techniques de règlement de ces contradictions, certaines dispositions du droit d'un Etat peuvent être prises

en considération et appliquées dans un autre Etat. Ainsi, par exemple, des règles du droit marocain de la famille peuvent-elles être prises en considération par un magistrat belge ayant à trancher un conflit portant sur la pension alimentaire d'enfants d'un couple résidant en Belgique mais marié sous le régime du droit marocain et en instance de divorce. De ce point de vue et dans la mesure où le droit marocain est, en matière de statut personnel, référencé à l'islam et à l'école malikite, on constate la possibilité toute indirecte pour la charia d'avoir une existence juridique dans un contexte auquel elle semble, de prime abord, étrangère. Mais – il faut insister là-dessus – ce n'est jamais au nom de l'islam que le droit international privé trouve à s'appliquer, mais uniquement par le truchement de la loi nationale d'un pays dont le droit peut avoir une inspiration islamique. Cela signifie concrètement que seuls les musulmans de nationalité étrangère à l'Etat où le litige est examiné peuvent bénéficier de l'application du droit de leur pays d'origine.

Le droit de la famille de pays majoritairement musulmans peut s'appliquer dans des pays occidentaux lorsque des étrangers en provenance des premiers, installés par le biais de l'immigration, s'y marient, divorcent, héritent ou ont un enfant, par exemple. Nombre de pays européens acceptent, en effet, en vertu des règles de conflits de lois et de juridictions, que la loi nationale des étrangers s'applique, particulièrement en matière familiale. Occasionnellement, cela suscite des crispations nées d'oppositions de valeurs. Dans ce genre de cas, on observe l'invocation de la notion d'ordre public pour repousser la loi étrangère. Le recours à cette notion est principalement le fait des magistrats. L'exception d'ordre public permet de rejeter l'application de règles étrangères, entre autre d'inspiration islamique, comme le devoir d'obéissance de l'épouse, la répudiation, la polygamie, l'interdiction pour une musulmane d'épouser un non-musulman, la révocation unilatérale de la répudiation par le mari pendant la période de viduité ou l'absence de consentement au mariage par la future mariée[124]. Le recours à la notion d'ordre public se trouve lui-même atténué, toutefois, quand le juge estime qu'il est préférable de protéger les intérêts de certaines personnes considérées comme vulnérables, particulièrement les épouses et les enfants. C'est ainsi que les juges peuvent parfois reconnaître certains effets aux unions polygamiques, tels que l'établissement de la filiation à l'égard des enfants, le droit aux aliments, le droit aux obligations alimentaires entre conjoints, le droit au partage d'une pension de retraite ou d'une succession ainsi que la possibilité pour deux veuves d'obtenir des dommages et intérêts à la suite du décès accidentel de leur époux.

En réalité, bien que de nombreux juges européens admettent l'application de principe de la loi étrangère, en vertu des règles de conflit de lois, ils ne l'appliquent finalement pas. Souvent, c'est par défaut de connaissance du droit étranger et en raison du coût qu'entraînerait une recherche approfondie des dispositions applicables. Mais cela traduit aussi une tendance générale au déclin de l'application du critère de nationalité au profit de celui de la résidence habituelle des intéressés. En matière de divorce ou d'obligations alimentaires, par exemple, lorsque les deux époux sont domiciliés en France, c'est la loi française qui s'applique (à l'exception notable du droit marocain qui trouve à s'appliquer du fait de la convention de 1981).

La perception par des magistrats de la situation prévalant en Belgique peut servir d'illustration à cette question de l'interprétation du droit propre à des pays majoritairement musulmans dans un ordre juridique occidental. Ces magistrats insistent tout d'abord sur le lien fort qui existe entre migration et application d'un droit national étranger inspiré par des normes islamiques. Ils ne contestent en général pas la légitimité de cette application, et donc du droit international privé, mais regrettent leur difficulté – de temps, d'accès et de compétence – à

[124] Voir Nathalie Bernard-Maugiron et Baudouin Dupret (dir.), *Ordre public et droit musulman de la famille en Europe et en Afrique du Nord*, Bruxelles, Bruylant, 2012.

connaître de manière exacte des règles de ces droits étrangers qu'ils devraient idéalement mettre en œuvre. La tentation peut alors apparaître d'appliquer d'office le droit belge ou d'invoquer systématiquement l'exception d'ordre public, qui rend la règle étrangère inopérante[125].

Statut personnel et norme islamique dans un espace public sécularisé

Les populations originaires de pays majoritairement musulmans ne sont souvent plus, à proprement parler, migrantes. Leur installation est définitive, leur nationalité n'est plus exclusivement étrangère, leur vie et leur appartenance sont essentiellement locales. Cette évolution modifie assez radicalement la donne juridique, en ce sens que les règles de droit étrangères n'ont plus vocation à s'appliquer, mais seulement les règles du pays – France, Suède, Etats-Unis, etc. – dont ces populations ont la nationalité. Les questions qui se posent touchent, dès lors, le domaine des normes culturelles, morales et religieuses qu'elles souhaitent respecter. Pour l'essentiel, ces normes ne posent pas de problème juridique particulier – la pratique du jeûne pendant le mois de Ramadan ne vient heurter, en tant que telle, aucune règle de droit belge, par exemple – et il n'y a donc aucune raison qu'un magistrat quelconque s'en émeuve. Si débat il y a, en la matière, il relève davantage des jeux politiques et sociaux nationaux, avec la dose d'instrumentalisation et de provocation que cela suppose – à l'image de ces apéritifs « vin et porc » organisés par l'extrémisme laïc de droite… et de gauche. Dans d'autres domaines, des différences existent entre règles de droit et normes religieuses, mais elles semblent aménageables. Pour ne prendre qu'un seul exemple, il devrait ainsi être possible de trouver une concordance entre les différentes conceptions de l'acte de mariage.

Il reste enfin une série de situations où l'accommodation des règles juridiques et des convictions religieuses est plus problématique. Il serait toutefois trop simple d'adopter un simple réflexe légaliste qui exclurait toute forme de conciliation d'un ordre laïc avec les normes islamiques. Ne serait-ce que dans un souci de paix civile et de cohésion sociale, il y a tout lieu d'éviter une polarisation susceptible de mener à des stratégies de contournement de la loi nationale, que ce soit en organisant une vie communautaire parallèle – à l'image des mariages religieux conclus dans l'indifférence d'une reconnaissance quelconque par le droit national – ou en recourant au droit d'un pays étranger plus accommodant sur ces questions – tels les mariages conclus au Maroc par des ressortissants belges originaires, parfois à plusieurs générations de distance, de ce pays. « Tant l'une que l'autre forme d'éviction présentent de sérieux inconvénients : le mariage informel ne sera pas reconnu par les autorités civiles et laisse donc sans protection l'époux ou l'épouse vulnérabilisé(e) par la situation ; les solutions acquises à l'étranger, quant à elles, créent un privilège en droit au profit des ressortissants de pays musulmans … (alors que) les liens avec le pays de droit civil … sont devenus forts au fil des années, trop forts pour encore pouvoir revendiquer un recours aux règles de droit international privé »[126].

Il existe des pistes de réflexion pour éviter cette polarisation tout en restant respectueux d'un cadre juridique sécularisé. Ce n'est pas le lieu d'en parler en détail, mais on peut néanmoins les évoquer. La première consiste à permettre l'intégration en droit civil de règles inspirées de l'islam, en ouvrant par exemple davantage l'espace offert par la voie contractuelle. Les époux pourraient, par exemple, conclure au civil un contrat valide dont les clauses leur permettraient d'agencer leur union en respectant les normes de leur religion et sans porter atteinte à un droit fondamental de l'un des deux. Une deuxième piste consiste à étendre la possibilité qui existe d'opter pour la loi du pays d'origine plutôt que celle du pays de résidence, comme en droit

[125] Voir Marie-Claire Foblets, in N. Bernard-Maugiron et B. Dupret (dir.), *op.cit.*
[126] Voir Foblets, *op.cit.*

belge, à ces situations où les époux jouissent de la nationalité d'un pays musulman en plus de la nationalité du pays au droit sécularisé. Toujours sous la réserve que la solution ne porte pas atteinte aux droits fondamentaux d'une des parties, cela permettrait de trouver une souplesse plus accommodante vis-à-vis des convictions religieuses.

La troisième piste se situe du côté des techniques de l'arbitrage dans certaines matières d'ordre familial. Il s'agit ici d'une solution d'ordre procédural, qui permet de soumettre un certain nombre de litiges à des instances arbitrales composées de personnes dotées d'une compétence et d'une légitimité religieuses. L'expérience britannique mérite d'être mentionnée. Dans le cadre de l'*Arbitration Act* de 1996, des tribunaux d'arbitrage sont autorisés à offrir leurs services aux musulmans qui le souhaiteraient, dans les conflits familiaux. L'objectif est d'ouvrir la porte à un mode alternatif de règlement des conflits, tout en maintenant les exigences relatives aux droits individuels, aux droits fondamentaux et aux garanties procédurales. En d'autres termes, un espace est ouvert pour une pratique islamique de l'arbitrage, mais dans un cadre contrôlé. Notons que cette pratique n'est pas elle-même la reproduction d'institutions traditionnelles, mais une forme nouvelle de règlement de litiges entre musulmans qui respecte la prééminence de la référence religieuse et l'autorité de savants versés dans les textes canoniques.

Il n'existe toutefois pas plus un Occident qu'un islam. Chaque contexte national s'avère extrêmement spécifique. Si la société britannique se montre assez réceptive au principe d'une organisation communautaire des choses, y compris familiales et religieuses, il en va très différemment dans les pays d'Europe continentale, où l'homogénéité sociale est davantage instituée en valeur et où le droit de l'Etat se montre peu enclin à accepter l'autorité d'institutions autonomes. L'expérience des *Shariah Councils* en atteste. Ce ne sont pas des formations arbitrales inscrites dans le cadre de l'*Arbitration Act*, mais des institutions religieuses créées localement, en parallèle du droit (mais pas nécessairement contre le droit), en réponse à un besoin communautaire de régler les affaires et les litiges sans en recourir à la justice de l'Etat. La plus connue d'entre elles est l'Islamic Shariah Council (ISC) de Londres, qui traite actuellement plus de 600 cas de divorce par an. Sans doute cela pose-t-il quelques questions épineuses, particulièrement pour tout ce qui touche à l'égalité et à la protection des femmes. Force est néanmoins de reconnaître que ces conseils rencontrent un succès marqué, y compris auprès des femmes qui trouvent là un moyen plus efficace et rapide de voir certaines de leurs demandes satisfaites[127]. Ce qui apparaît manifestement, c'est la nécessité d'inscrire la réflexion non pas au niveau éthéré et souvent insoluble des principes, mais à celui de l'intérêt concret des gens.

Quand l'islam devient occidental

Il est une autre voie par laquelle des pans de la normativité islamique peuvent s'imposer ou faire question dans un contexte majoritairement non musulman. Les droits fondamentaux reconnaissant la liberté de conscience et la liberté d'exercice du culte créent, en effet, la possibilité pour des normes islamiques, plus religieuses et éthiques que juridiques, d'être reconnues et protégées. Ainsi en va-t-il de questions aussi diverses que les lieux de prière, les denrées alimentaires produites de manière rituellement conforme ou la tenue vestimentaire. Ce sont aussi des questions polémiques qui cristallisent nombre de débats qualifiés rapidement d'identitaires, dans lesquels se jouent la définition et l'extension du pluralisme des sociétés démocratiques contemporaines. Que ce soit en Europe ou en Amérique du Nord, l'acceptation

---

[127] Voir John Bowen, *Shaping Brtish Islam: Sharia Debates and Cultural Repertoires*, Princeton University Press, 2013.

sociale et juridique de comportements et de pratiques historiquement étrangères, *a fortiori* quand elles sont minoritaires, constitue un enjeu majeur, d'autant que c'est sur un principe d'universalité que ces sociétés se sont construites et ont prétendu se présenter au reste du monde. C'est alors au nom de l'idéologie des droits humains – et de leur caractère universel et laïc – et du droit positif de l'Etat-nation moderne qu'une porte s'ouvre aux normes islamiques. Il n'est plus question ici de doctrine islamique classique ou de droit référé à l'islam ; on se retrouve dans un troisième cas de figure, celui d'un droit indifférent à l'islam mais tenu, par sa logique interne, à la reconnaissance de certains effets indirects de la normativité islamique.

La référence à l'islam s'est donc frayé un chemin dans l'espace européen, en-dehors des mouvements transnationaux. Cela n'a pas manqué de révéler des tensions entre prétentions à la neutralité des Etats, valeurs religieuses sécularisées, religions traditionnellement prédominantes et postmodernité. Sociétés et Etats d'Occident se sont retrouvés confrontés aux soubassements de leurs propres cultures, aux attendus implicites de leur organisation, juridique entre autres, à la relativité de leurs aspirations universelles, aux serpents de mer identitaires qui ne ressurgissent jamais aussi bien qu'en période de crise. « En mettant en lumière cette généalogie de la loi occidentale, le référent islamique rouvre une tension dont l'issue n'est pas acquise, entre un ordre public interne redéfini de façon pluraliste et dès lors ouvert à un processus d'accueil, et un ordre public qui va expliciter son ancrage identitaire et dès lors se refermer »[128].

Il est important de souligner que le fait pour un Etat laïc et son ordre juridique de reconnaître une religion telle que l'islam ne signifie nullement que les normes de cette religion ont vocation à s'y appliquer. Le droit belge, par exemple, reconnaît le culte musulman, mais cela ne veut pas dire que des institutions, telles que la polygamie ou la répudiation, s'y trouvent reconnues *ipso facto*, loin s'en faut. L'islam est reconnu en tant que culte doté, dans des conditions précises, d'autorités représentatives, mais celles-ci n'ont aucun pouvoir législatif susceptible d'imposer de nouvelles règles dans l'ordre juridique belge.

L'islam est avant tout un fait de religion et donc éventuellement de norme religieuse, non pas un fait de droit. La chose n'est pas toujours facile à comprendre. Cela tient largement de la confusion créée par l'invention de la notion de « droit musulman », qui touche aussi bien les musulmans que les non-musulmans, y compris les juges ayant à connaître d'un litige dans lequel il est question d'islam. Il peut alors arriver qu'un magistrat s'érige en instance de définition des contours juridiques d'un prescrit religieux, alors que ce prescrit n'a pas de vocation juridique et que le magistrat n'a pas d'autorité religieuse. Ce phénomène est renforcé par la tendance à simplifier, homogénéiser et stéréotypifier l'islam, ainsi que ceux qui s'en revendiquent ou à qui on attribue cette appartenance. Il est fréquent de s'étonner de ce qu'une personne musulmane ou supposée telle boive un verre de vin et ce, au nom de la règle juridico-religieuse à laquelle on l'assigne. Et ce qui est un problème de relations sociales peut devenir une question juridique si le stéréotype se trouve cristallisé dans la décision d'un juge. Il est également courant de parler de « *l'*islam » et de « *la* communauté musulmane », dans un singulier aussi réducteur que lourd de conséquences sur les représentations, entre autres juridiques, que non-musulmans *et* musulmans ont de cette religion et de l'identité qui lui est associée.

L'autonomie individuelle, qui justifie de se revendiquer d'une religion, de ses préceptes ou de ses normes contraignantes, doit parfois être sujette à un test de sincérité et de crédibilité

---

[128] Louis-Léon Christians, « Les références belges à l'ordre public comme standard de régulation et révélateur de conflits de valeurs dans le statut des personnes musulmanes en dehors du droit international privé », in Nathalie Bernard-Maugiron et Baudouin Dupret (dir.), *op.cit.*

quand elle est invoquée pour fonder une exception de conscience à l'égard d'une obligation juridique d'un Etat laïc. On ne peut accepter les caprices de l'opinion individuelle, pas plus d'ailleurs qu'on ne peut entériner de manière automatique toutes les revendications d'un mouvement de type communautaire. Le travail s'effectue, dans ce cas, aussi bien du côté des autorités de l'Etat, qui doivent tendre à l'établissement d'un pluralisme fonctionnel, que chez les individus et les groupes se revendiquant de l'islam et de ses prescriptions, dont les exigences doivent viser à l'accomplissement d'une foi religieuse et non à la confrontation politique. La Cour européenne des droits de l'homme a estimé, sur des questions de ce type, que toute conduite motivée par une religion ne faisait pas nécessairement l'objet d'une protection, mais que seule la part centrale et nécessaire d'une conviction pouvait être garantie, et à condition encore de ne pas être contraire à l'ordre public, de pouvoir être raisonnablement anticipée et d'être proportionnée à la coexistence dans une société démocratique.

Qu'un juge soit amené à accorder du crédit à une revendication religieuse ne signifie nullement que le droit religieux s'impose aux droits nationaux, mais seulement que la religion peut motiver l'action des gens et, de ce fait, parfois être reconnue comme cause d'excuse ou de justification à un comportement qui, sinon, s'oppose à une règle juridique ou y fait exception. C'est ainsi que ce juge peut admettre que le port du foulard soit l'objet d'une conviction religieuse suffisamment forte que pour justifier une exception à l'interdiction des signes religieux dans l'enceinte scolaire. Cette décision, sans faire du foulard une obligation juridique quelconque, permet d'accorder à un fait religieux une certaine place dans un système pluraliste.

L'Europe n'est pas le seul endroit où l'islam est vécu à titre minoritaire. En Inde ou en Chine, de très importantes populations musulmanes doivent trouver des voies d'accommodation avec un Etat pour lequel l'islam ne constitue, au mieux, qu'un culte reconnu parmi d'autres. En Amérique du Nord, la communauté musulmane est également importante et, là comme ailleurs, l'islam en est venu à occuper une place majeure dans les débats publics. A côté des polémiques dont il y est l'objet, force est de constater que son traitement, dans la sphère juridique, y est souvent moins problématique et dérogatoire qu'en Europe. Les conflits relatifs au droit de la famille sont traités par les tribunaux au cas par cas, avec nettement moins de charge affective que ce n'est le cas sur le continent européen. Dans une démarche de type pragmatique, le juge américain a tendance à chercher ce qui, dans les dispositions de la doctrine musulmane de la famille, peut faire l'objet d'une traduction en termes libéraux et sécularisés . Ainsi, en Amérique du Nord, « la distinction qui apparaît le plus clairement n'est pas tant le prétendu conflit entre doit islamique et droit séculier, ou la compétition entre deux 'modèles' de résolution des conflits. La différence la plus frappante est plutôt celle qui sépare l'attitude des professionnels du droit (avocats, juges, théoriciens de la Constitution) et celle de l'opinion publique et des organisations de défense des droits des minorités »[129].

Une doctrine musulmane en situation minoritaire

Parce que la charia n'est pas un droit mais une normativité, il n'est pas étonnant qu'elle déborde le domaine juridique qui, depuis le 19e siècle, avait eu tendance à, en même temps, la restreindre et la phagocyter. Elle est, entre autres, un encadrement de la piété et de ses rituels, mais aussi un répertoire d'engagement politique et d'affirmation culturelle, sociale et identitaire. En contexte minoritaire, cela a débouché sur des interrogations concernant les modalités de vie de l'*homo islamicus* en dehors de l'espace musulman. Il est possible, à la suite

---

[129] Nadia Marzouki, , 2013.

de Frank Frégosi, de proposer une petite typologie de la réalité discursive constituée par la charia sur le terrain européen[130].

Le premier positionnement est d'ordre littéral. La Loi religieuse constituée par la charia offre, selon cette perspective, une solution adéquate et immédiate aux maux du siècle. « Les musulmans, affirme Hani Ramadan, sont convaincus de la nécessité, en tout temps et tout lieu, de revenir à la loi divine. Ils voient dans la rigueur de celle-ci le signe de la miséricorde divine. Cette conviction n'est pas nourrie par un fanatisme aveugle, mais par un réalisme correspondant à la nature des choses de la vie »[131]. La charia peut, à l'inverse, faire l'objet d'un investissement réformiste, qui implique alors une prise de distance critique, voire une récusation pure et simple, seule à même, pour reprendre les propos d'Abdelmajid Charfi, de « réconcilier le musulman contemporain avec sa religion »[132]. Dans cette perspective, la référence à la charia est présentée comme anachronique, liberticide et régressive, dans la mesure où elle empêche la poursuite du travail herméneutique indispensable à la constitution d'un islam moderne.

Entre ces deux postures extrêmes, il existe des propositions plus ou moins médianes qui prônent une adaptation de la charia aux conditions spécifiques à la vie musulmane en Europe. Ainsi Tareq Oubrou a-t-il élaboré une « théorie restreinte de la charia », qui vise à concilier Loi religieuse et laïcités européennes[133]. Cette « orthodoxie minimaliste » limite la charia aux questions cultuelles et aux principes moraux, et tâche de l'expurger ce qu'elle peut avoir de juridique. Il s'agit, en quelque sorte, de construire une « charia de minorité ». Pour reprendre les propos d'Oubrou, « Le terme de minorité vient mettre la *sharî'a* en contexte et répondre ainsi concrètement à la situation laïque française, entre autres. Il s'agit de mettre en relation la norme avec la réalité concrète, tout en restant fidèle aux méthodes qui régissent l'application de la sharî'a à la réalité. C'est la réalité qui détermine la forme concrète que prend telle ou telle loi de la *sharî'a*, voire sa non-applicabilité dans certains cas. »[134]

La « doctrine des minorités » (*fiqh al-aqalliyat*) est un domaine en expansion du discours portant sur la situation des communautés musulmanes en contexte minoritaire. Près d'un tiers de la population musulmane du monde vit, en effet, dans des pays où la majorité ne professe pas la même religion. Si, pour de nombreuses personnes « sociologiquement » musulmanes, la vie en contexte non musulman ne présente pas de problème particulier, il peut en aller différemment pour d'autres qui exigent de vivre sous l'emprise de la Loi religieuse. Pour ceux-là, il s'agit d'étendre aux nouvelles communautés musulmanes du monde les principes qui prévalaient pour ceux que, dans les temps anciens, le retrait des armées musulmanes avait abandonnés à un souverain mécréant. Un exemple de cette perception est donné dans l'ouvrage des cheikhs Ibn Baz et Uthaymeen[135], qui enjoint aux musulmans de renoncer à tout ce qui, dans un contexte d'islam minoritaire, conduirait à contrevenir aux règles de l'islam. Mais la doctrine des minorités ne se réduit pas à ce type de positionnement plutôt radical ; elle présente un visage contrasté et des solutions pragmatiques, casuistiques et souvent différentes les unes des autres, en réponse à des questions touchant, entre autre, à l'alimentation, au vêtement, au

---

[130] Frank Frégosi, « Usages sociaux de la référence à la charia chez les musulmans d'Europe », in B. Dupret (dir.), *op.cit.*,
[131] Tribune publiée dans *Le Monde*, en 2012.
[132] Charfi, *L'islam entre le message et l'histoire*, Paris, Albin Michel, 2004, p.67.
[133] Oubrou, « La *sharî'a* de minorité : réflexions pour une intégration légale de l'islam », dans Franck Frégosi (dir.), *Lectures contemporaines du droit islamique*, *Europe-Monde arabe,* Strasbourg, PUS, 2004.
[134] Oubrou, *op.cit.*., p.39.
[135] Shaykh Ibn Baz et Shaykh Uthaymeen, *Muslim Minorities, Fatawa regarding Muslims living as Minorities* Londres, Message of Islam, 1998.

mariage, à la cohabitation avec des non-musulmans. Le cheikh Yusuf al-Qaradawi est une figure marquante dans le domaine[136].

La charia peut également se voir attribuer une portée plutôt symbolique dans les discours portant sur sa place et sa vocation en contexte occidental. Ici, il s'agit de dépasser les débats sur la charia en suggérant de la relire dans un cadre républicain ou de la transcender pour en toucher l'essence spirituelle. Pour Tariq Ramadan, l'islam en Europe est à la fois « lien à la transcendance » et « vecteur de justice sociale », par l'entremise de la charia[137]. Celle-ci est dès lors dépouillée de sa valeur juridique pour devenir la « Voie de la fidélité aux objectifs de l'islam ». Et d'ajouter : « Toutes les lois qui protègent la vie et la dignité humaine, promeuvent la justice et l'égalité, imposent le respect de la nature, etc. sont *ma charia* appliquée dans *ma* société, même si celle-ci n'est pas majoritairement musulmane ou que ces lois n'ont pas été pensées et produites par des savants musulmans »[138].

Abstraction vertueuse, ordre disciplinaire, slogan politique

Plutôt que de s'échiner à vouloir définir la substance des choses, il me semble important de chercher à voir ce qu'elles peuvent signifier quand elles sont invoquées. Cela ne nous dit pas ce que la chose est, mais ce que les gens y investissent. Cette posture agnostique permet, au lieu d'imposer une vérité transcendantale et intangible, de comprendre les phénomènes humains. Or, s'agissant de la charia, tout le monde semble constamment obsédé par la chimère de sa définition. C'est vrai de ceux qui l'érigent en repoussoir aussi bien que des gardiens de la Loi qui prétendent la connaître dans sa vérité atemporelle. Pourtant, à y regarder de plus près, la charia n'est souvent rien d'autre qu'une « abstraction vertueuse »[139], c'est-à-dire un slogan aux connotations morales positives : ce dont les musulmans ont besoin, tout ce qui est bon pour eux, le Bien dans une conception islamique. Peu importe, d'une certaine façon, ce à quoi cela peut correspondre en pratique, la charia n'est plus ici comprise comme un ensemble de règles spécifiques et précisément contraignantes, mais comme un référent identitaire incarnant la vertu de la « Voie islamique ».

Celui ou celle qui souhaite s'identifier à cette abstraction vertueuse va souvent privilégier certains secteurs de la vie ordinaire et y concentrer son militantisme éthique. Ces domaines sont ceux du rituel, des finances, des relations familiales et des relations sociales. Ils n'ont que peu à voir avec le droit positif des Etats occidentaux. Les relations sexuelles hors-mariage, par exemple, sont investies massivement par les tenants d'une application de la charia, alors qu'elles sont l'objet d'un large désengagement juridique. La finance islamique est perçue comme le moyen de respecter l'interdiction coranique de l'usure, mais son organisation consiste en une offre de produits bancaires dont la légalité ne ressortit pas à des considérations religieuses. Le respect de certains interdits alimentaires ou de règles rituelles relatives à l'abattage des animaux ne concerne que le croyant, pas le législateur, dès lors du moins que les prescriptions publiques en matière d'hygiène sont respectées. Et le droit reste totalement indifférent aux relations interconfessionnelles, sinon pour condamner les pratiques discriminatoires rompant le principe d'égalité.

---

[136] Parmi les nombreux livres dont il est l'auteur, on peut citer *Fiqh of Muslim Minorities*, publié en deux volumes, en 2002, dans une langue le rendant accessible aux musulmans non arabophones.
[137] Tariq Ramadan, *Les musulmans dans la laïcité. Responsabilités et droits des musulmans dans les sociétés occidentales*, Lyon, Tawhid, 1994.
[138] Tariq Ramadan, *Mon intime conviction*, Paris, Presses du Châtelet, 2009, p.86.
[139] Maurits Berger, « Introduction », in M.S. Berger (dir.), *Applying Shari 'a in the West: Facts, Fears and the Future of Islamic Rules on Family Relations in the West*, Leiden, Leiden University Press, 2013.

Ces domaines de la charia relèvent de la morale bien plus que du droit. C'est un ordre, voire une obsession disciplinaire. Il s'agit de réguler sa vie de croyant selon les préceptes d'une Loi révélée. Cela ne concerne donc pas ceux et celles qu'on pourrait qualifier de « musulmans sociologiques », pour qui l'islam est davantage une ascendance, une familiarité, une sociabilité. Cela concerne ces musulmans pratiquants qui visent à l'« orthopraxie », c'est-à-dire la mise en conformité de leurs pratiques quotidiennes avec la norme religieuse. Nous sommes ici dans un espace où c'est la volonté individuelle du croyant qui assure la mise en œuvre de ce qu'il se représente comme obligatoire, recommandé, blâmable ou interdit.

La demande de charia s'est aussi souvent transformée en une revendication identitaire, comme un point de ralliement pour ceux qui vivent une sorte de pluralisme où coexistent cultures majoritaire et minoritaires, et qui construisent dès lors l'« objet charia » en un pôle fédérateur de tout ce qui pourrait sembler constitutif de leur « être en société » : mariage, circoncision, enterrement, fêtes, ramadan, alimentation, etc. On n'est pas ici dans le cas de figure de l'orthopraxie, parce que la relation à la règle religieuse est plus souple, plus occasionnelle, plus culturelle. La charia constitue une norme générale encadrant, plus ou moins vaguement, l'organisation de ces événements, dont on ne sait d'ailleurs pas toujours s'ils relèvent du prescrit islamique ou de la coutume locale. On retrouve l'idée d'abstraction vertueuse, à ceci près que cette conception-ci de la charia n'est pas nécessairement le fait de croyants pratiquants et convaincus, mais aussi de ces « musulmans sociologiques » qui peuvent ne pas croire et pourtant souhaitent observer un certains nombres de préceptes traditionnellement associés à l'islam.

Le phénomène islamiste s'est largement constitué en contrepoint des pays occidentaux, que ce soit pour faire de ceux-ci l'anti-modèle de la cité islamique idéale ou les ériger en incarnation de l'impiété à combattre. Cela ne signifie pas, pour autant, que certains pans de la modernité ne soient pas récupérés, de manière avouée ou non, par des mouvements qui ont des lectures contrastées de l'équilibre à établir entre l'objectif de la cité islamique et les moyens pour y parvenir. Par ailleurs, l'islamisme, dans toutes ses composantes, s'est implanté dans les pays occidentaux, par le truchement de communautés originaires de différents pays ou, au contraire, comme vecteur de dépassement des clivages nationaux. Les organisations représentatives des communautés musulmanes, en France ou ailleurs, sont souvent le reflet des influences nationales ou politiques dominantes. Dès lors qu'il s'agit d'islamisme, la référence à la charia devient omniprésente, comme nous l'avons vu au chapitre précédent. Mais, en pays à majorité aussi bien qu'à minorité musulmane, il s'agit bien plus d'un répertoire discursif que d'un corpus de règles bien déterminées. Dans une version radicale, le mouvement *Sharia4*, dans toutes ses déclinaisons (*Europe*, *Belgium*, etc.), ne propose pas grand-chose de plus que ce qu'il énonce dans sa dénomination : une revendication d'application de la charia (en Europe, en Belgique, etc.).

Il est tentant, pour conclure ce tour d'horizon, de renvoyer dos à dos les conceptions caricaturales de la charia que nourrissent les extrêmes du spectre politique occidental. A vrai dire, ces extrêmes partagent une vision littéraliste mais aussi réductrice de la charia, conçue comme ensemble de prescrits contraignants en matière familiale (polygamie, répudiation, autorité maritale), pénale (peines corporelles) et politique (instauration du califat). Cette même vision est en même temps moralement polarisée, entre la charia instituée en vertu et la charia érigée en repoussoir. L'affaire dite du mariage de Lille constitue un bel exemple de cette double face de la conception polarisée de la charia. D'une part, il s'agit d'un homme qui, au nom de l'idée qu'il se fait de la charia, considère que la virginité de la femme qu'il épouse est une condition substantielle de son mariage. De l'autre, il y a une opinion publique qui, excitée par les médias, impute à la charia une exigence discriminatoire et insupportable dans la société

française. En droit, l'affaire ne pose guère de problème : il est parfaitement loisible à des personnes contractant un mariage de faire valoir des conditions substantielles qui, si elles ne sont pas respectées, entraînent l'annulation de celui-ci. C'est d'ailleurs la solution que le juge du premier degré avait adoptée. En politique, en revanche, c'est bien plus compliqué : une fois agité le spectre d'une application de la charia en France, il devient difficile de ne pas agir, quand bien même c'est juridiquement injustifié. D'où l'injonction faite par la Garde des sceaux au Procureur d'interjeter appel[140].

La charia, dans tout cela, en tant que corpus de règles substantielles, n'est pas très présente, voire tout à fait absente. Mais la charia en tant que référent moral, positif ou négatif, y est centrale. Après avoir été érigée en droit musulman, puis avoir été évincée plus ou moins complètement du droit des pays musulmans, la voilà inscrite durablement dans l'horizon moral de populations rattachées d'une façon ou d'une autre à l'islam. Plus que jamais, il apparaît que ce qu'elle est importe peu ; ce qui compte, c'est ce qu'on la fait être. Toutes les configurations ou presque sont imaginables. Celles-ci nous en disent bien plus sur ceux qui les dessinent et ceux à qui on les attribue que sur la charia elle-même, qui, à la manière de la réalité réfléchie par un miroir, toujours glisse, s'échappe, resurgit, mais ne se laisse jamais attraper.

[140] Voir Jean-Philippe Bras, « La controverse autour du mariage de Lille. Quel compromis sur la virginité des femmes ? », *in* Mohamed Nachi (dir.), *Les Figures du compromis dans les sociétés islamiques. Perspectives historiques et socio-anthropologiques*, Paris, Karthala, 2011,

CONCLUSION

La façon de penser une question constitue souvent la source de la confusion qui entoure les réponses qui lui sont apportées. Tel est assurément le cas de tout ce qui concerne l'islam et les musulmans. Et tout d'abord, l'idée même de « sociétés musulmanes ». D'où vient-il qu'il faille nécessairement imputer cette appartenance à des sociétés dont les identités se déclinent au pluriel et varient au gré des circonstances de leurs histoires régionales et nationales ? A la limite s'agit-il d'une facilité de langage pour caractériser un certain nombre d'« autres » que « nous », mais il convient alors d'insister sur le fait que le prédicat « musulman » n'a aucune valeur explicative. En outre, une facilité de langage pour définir l'autre devrait davantage conduire à se poser la question du point de vue adopté pour regarder cet autre que de la réalité de cet autre tel que construit par ce point de vue. Si l'autre est l'objet de notre interrogation, il faut tout au contraire décentrer le regard, tâcher d'accéder aux catégories d'appartenance telles qu'à l'œuvre chez leurs usagers et refuser de prendre notre monde comme étalon de mesure de toute chose.

A défaut d'une telle critique de notre façon de penser un problème, nous contribuons à épaissir le brouillard plutôt qu'à le dissiper. Ainsi en va-t-il quand on affirme que le religieux et le politique sont confondus en islam ou que la charia est la pierre de touche de l'avènement de la modernité dans les sociétés musulmanes. L'équation faisant de l'islam un amalgame « religion+monde+Etat » (*din dunya dawla*) est une construction doctrinale et non une propriété génétique de l'islam, sinon de celui, réifié et essentialisé, qui unit les deux faces de la même pièce que sont l'orthodoxie islamique et la science orientaliste. A vrai dire, une lecture attentive de l'histoire révèle bien plus souvent le découplage du pouvoir temporel et du magistère spirituel qu'elle ne témoigne de sa confusion. Les perspectives essentialistes (« l'islam *est* ceci ou cela ») et sociologistes (« l'islam se réduit à ce que font les musulmans ») ne mènent nulle part : la question des relations que *l'islam* et *le politique* ou *la charia* et *la démocratie* entretiennent est, dans ces termes et dans pareille généralité, dépourvue de sens, et la réponse à une question dont les constituants sont des chimères est tout simplement absurde.

Nous avons insisté tout au long de l'ouvrage sur le fait qu'à la question « qu'est-ce que la charia », il faut opposer la description de ce qu'on l'a *fait être*. Cette réponse ne peut bien sûr satisfaire aucun dogmatisme. Elle irrite les littéralistes et frustre les positivistes de tout poil. Elle ne fonde aucune apologétique, mais elle n'alimente pas plus le propos des pourfendeurs de l'islam. Celui-ci n'est ni un être ni une essence, et sa Loi n'échappe pas à cette vérité. Il est un fait d'humanité et c'est à ce titre seulement qu'on peut en parler, hors le discours de la foi à tout le moins. Non, le rapport à la charia n'est pas le grand impensé des « sociétés musulmanes ». D'une part, parce que la charia ne détermine pas l'ensemble des agissements des gens qui composent ces sociétés ; de l'autre, parce qu'il n'y a pas de connexion directe entre la vie sociale d'aujourd'hui et la période prophétique d'hier, pas plus qu'il n'y a d'impossibilité pour les « gens de l'islam » d'être en prise avec le monde contemporain. La charia n'est pas schizophrène, écartelée entre tradition et modernité, entre passé conservateur et présent progressiste. Poser la question de la compatibilité de l'islam avec la modernité ne peut conduire qu'à une réponse de Normand, dès lors qu'on peut tenir indifféremment les deux positions. Répétons-le, ces versions antagonistes sont les deux faces d'une même pièce qui veut que l'islam soit quelque-chose en soi, indépendamment de ce que les humains en font.

Une religion et sa Loi ne sont pas que tradition ou mémoire, à supposer qu'elles soient une chose une, et non des concepts permettant de capturer sous un même vocable des phénomènes partageant un air de famille. L'islam et la charia sont *à la fois* un corpus de textes fondateurs et des modes de référencement à ces textes. L'islam et la charia sont aussi une constellation de pratiques de tous ordres, où se côtoient et se bousculent foi, sagesse, piété, morale, idéologie,

routine, politique, éthique, esthétique, vérité, justice, et bien d'autres choses encore. Avant d'être tradition, l'islam est acte de foi, une foi qui trouve dans sa Loi un cadre normatif conduisant au Salut. Cette foi connaît une déclinaison extraordinairement complexe, mais il est tout simplement faux de penser, au prétexte d'un désenchantement du monde plus ou moins abouti, que le fait des croyances n'est pas primordial ou qu'il n'est que superstructure dissimulant mal les rapports de force entre générations, classes sociales, sexes ou races. La religion comme idéologie est un effet de redondance d'une foi qui lui préexiste, elle est effet de confirmation politique d'une conviction morale et religieuse antérieure. De ce point de vue, d'ailleurs, il convient de se méfier des explications psychologisantes, qui voient dans la religion un bricolage permettant à l'homme de se consoler des vicissitudes de la vie. Il existe bien un sentiment religieux qui procède d'une expérience individuelle et collective et qui n'est pas une simple fonctionnalité.

Une religion, c'est une « réalité hétérogène, contradictoire, polymorphe, polychrome »[141]. Elle n'est pas une chose mais plusieurs ; elle ne remplit pas une fonction mais différentes (et parfois aucune), éventuellement contradictoires et pourtant simultanées. En ce sens, une religion n'est pas la racine d'une société ou d'une civilisation, mais une de ses multiples composantes. Comme on l'a dit, c'est souvent une facilité de langage, parfois un nom de famille (et dans ce cas, aussi, l'objet de nombreux jeux de langage). Si donc elle n'est pas une essence ou une matrice, une religion n'a pas de destin particulier. Son histoire n'a de but qu'à la condition de ne la voir que dans le rétroviseur. Elle procède, tout au contraire, par épigénèse ; elle « se constitue au fil du temps par degrés imprévisibles »[142]. C'est une illusion intellectualiste que de croire que les idées font l'histoire et non l'inverse. C'est faire bien trop d'honneur à la pensée politique que de prétendre que c'est elle qui façonne le devenir de l'Etat. Au mieux, peut-être, l'accompagne-t-elle, donnant aux contemporains les moyens d'encadrer et de faire avaler ce que les faits imposent.

De nos jours, on peut être islamiste, parler de charia et accepter le pluralisme, les droits humains et la sanction des urnes. La question du double langage islamiste est galvaudée, leur profession de foi démocratique devant suffire jusqu'à preuve du contraire. Ce procès d'intention est, en outre, aussi insoluble qu'inutile : comment donc prouver leur duplicité, et d'ailleurs aussi la sincérité de leurs détracteurs ? Si le Printemps arabe a montré quelque chose, ce n'est pas l'incompatibilité de l'islam et de la démocratie ou de la charia et des droits humains, mais la difficulté à improviser de nouvelles façons de faire de la politique quand on n'en a ni l'expérience ni les compétences. Les blocages observés dans certaines sociétés et régions du monde ne procèdent pas d'une doctrine sclérosée. C'est tout l'inverse : ce sont les circonstances problématiques de ces sociétés qui accouchent d'une doctrine incapable de renouvellement.

En matière d'islam et de charia, il y a une tendance forte à produire un récit rétrospectif, totalisant et normatif mettant en cohérence *a posteriori* des événements dont l'unité est *a priori* très relative. En produisant pareil maître-récit, on met en relation des faits disjoints, on établit une chaîne de causalité entre des faits indépendants, on donne un sens historique à ce qui est contingent et on fonde des jugements en cohérence, succès ou réalité (ou leurs contraires : incohérence, échec ou illusion) à l'égard d'entités auxquelles on a prêté une finalité, un projet ou une intention. Une des conséquences de cette attitude est, sous couvert d'analyse, d'en fait produire une justification formalisée d'un jugement établi au préalable. C'est la figure classique du moulin que Don Quichotte se représente en ennemi pour mieux pouvoir ensuite le charger. On décrète une finalité en sorte de pouvoir évaluer les choses en fonction de leur contribution

[141] Paul Veyne, *Quand notre monde est devenu chrétien*, Albin Michel, 2007, p. 249.
[142] *Op.cit.*, p.263.

à son advenue ; on assigne un projet de manière à pouvoir juger au regard de sa réalisation ; on prête une intention afin de pouvoir estimer que l'objectif a été atteint ou non. L'étude de l'islam et des sociétés dites musulmanes est lourdement frappée par ce syndrome don-quichottesque. En miroir aux thèses sur la victoire inexorable de l'islamisme, on a vu se multiplier les discours sur son échec et son déclin. On a tantôt fait de l'islamisme un vecteur de rupture d'avec la modernité ou, à l'inverse, celui d'une entrée dans celle-ci. Cette conception cyclique des mouvements de l'histoire musulmane a trouvé une nouvelle vigueur avec le Printemps arabe, où fut prophétisée la marche triomphale de la sécularisation, de la jeunesse, de l'islamo-démocratie ou de la cyber-société. Tout cela renvoie à des conceptions bien problématiques de la religion et de l'histoire.

Conception problématique de la religion, tout d'abord. On est, en effet, en droit de se demander si ces « retours du religieux » correspondent vraiment à un retour à la religion et non plutôt à « une adaptation de la croyance aux conditions modernes de la vie sociale et personnelle »[143]. En ce sens, il n'y aurait ni apogée ni déclin de l'islamisme, mais la poursuite constante de la reformulation des rapports de l'homme, fût-il musulman, à la croyance et à son environnement. En ne pensant l'islam qu'en termes d'islamisme, on se condamne à ne pas voir la multitude de processus opérant à d'autres niveaux que politique, comme celui de la « bigotisation » qui voit les gens privilégier les actes de dévotion, les applications littéralistes des règles et les comportements conformes à une idée de l'âge d'or. Il faut davantage observer comment ces processus agissent de conserve avec l'islamisme et peuvent donc *in fine* avoir une incidence sur la conception du pouvoir et de sa gestion. Il ne suffit pas d'objecter ici que l'islamisme est un fait d'idéologie, contrairement à l'islam qui serait un fait de religion. Les frontières entre idéologie, morale, métaphysique et politique sont bien difficiles à dessiner, et la politique peut être influencée par les reconfigurations de la moralité publique. Il est ainsi faux de croire que les acteurs politiques balancent entre automystification (« ils instrumentalisent l'islam à des fins politiques ») et machiavélisme constant (« il n'est musulman que par opportunisme »). On est d'abord musulman, et ce n'est que secondairement qu'on pense l'islam en termes politiques.

Cela relève aussi d'une conception problématique de l'histoire. Tantôt le monde est assigné à une direction, une évolution, une finalité, bref une téléologie, celle de la sécularisation et du désenchantement que l'islamisme aurait voulu mettre à mal, avant, en fin de compte, de rentrer dans le rang et de se transformer en islamo-démocratie. Tantôt, c'est au fonctionnement cyclique de l'histoire que le monde est confronté, avec en perspective l'idée d'un éternel recommencement. En attribuant à des mouvements politiques un projet révolutionnaire, par exemple, on peut faire le constat de ce qu'ils n'ont pas réussi dans les objectifs qu'ils s'étaient assignés et donc en conclure à leur échec ou à leur caractère illusoire. Ce faisant, toutefois, on perd de vue que le projet révolutionnaire n'était peut-être pas tant celui de ces mouvements que celui qu'on leur prêtait. Si les mouvements politiques aspirent à quelque chose, c'est en général à contester le pouvoir en place et à le remplacer. C'est en tout cas une constante de l'islamisme, dans tout l'éventail de ses manifestations aussi nombreuses que distinctes les unes des autres. En-dehors de quelques slogans creux et répétitifs (dans le genre « l'islam est la solution »), il est bien difficile de leur reconnaître un projet politique précis, sinon celui d'accéder au pouvoir. Dans ces conditions, c'est un drôle de procès que celui qui affirme l'échec de ces mouvements à réaliser un projet idéologique qu'ils n'ont jamais eu. Le seul échec qui les guette est de ne pas accéder au pouvoir ou, après y avoir accédé, de le perdre.

---

[143] Marcel Gauchet, *La religion dans la démocratie*, p.29.

Si, en France, aujourd'hui, on s'intéresse à la charia, c'est parce qu'on a l'obsession de l'islam et des musulmans, pour des raisons qui semblent objectives mais qui, souvent, dépendent plutôt de notre façon de poser les questions. En ce sens, le mode de construction du discours est central. Comme l'islam et la charia sont un point de fixation du débat public, la capacité à imposer le discours faisant autorité est devenue cruciale. Parce qu'il porte sur des « parts de marché » électoralistes, l'enjeu touche directement au pouvoir, à sa conquête et à sa conservation. Souvent, un tel discours, ce qu'on pourrait appeler un maître-récit, est, dans un jeu de miroirs, le contre-récit d'un autre maître-récit. Le maître-récit de l'ouléma est que la charia est un idéal conduisant ceux et celles qui la suivent au Salut ; et le maître-récit des pourfendeurs de l'islam est que la charia est un mal qui fait de ses affidés la source de nombreux maux affectant le monde. Dans les deux cas, la charia est une chose en soi qui détermine nécessairement la nature de ceux qui la suivent et de ce qu'ils font. Mais la moralité de l'histoire est évidemment aux antipodes, selon la version que l'on choisit et la distribution des rôles, entre « bons » et « méchants », qu'elle implique. Et comme ces deux attributs moraux sont exclusifs l'un de l'autre, les héros d'un récit sont les malfaiteurs de l'autre, et vice versa. La production de ce type de discours, qui prétendent à une vérité exclusive, constitue un outil politique puissant dans les mains de promoteurs aux fortes propensions populistes. Ils visent à naturaliser une version de la vérité, à faire en sorte qu'elle s'impose comme allant de soi, à construire une vision des choses faisant autorité et à en dégager des conséquences politiques. Ainsi en va-t-il du monde ! Mais ce n'est sans doute pas la tâche de l'analyste, à partir de l'autorité de son savoir, que de les cautionner ou redoubler.